

INSTRUCTION

N° 10-028-M0 du 22 novembre 2010

NOR : BCR Z 10 00083 J

LE CONTRÔLE DE LÉGALITÉ DES ACTES DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES ET DE LEURS ÉTABLISSEMENTS PUBLICS EN MATIÈRE DE COMMANDE PUBLIQUE

ANALYSE

Diffusion de la circulaire du 10 septembre 2010 relative au contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales et de leurs établissements publics en matière de commande publique

Date d'application : 22/11/2010

MOTS-CLÉS

COLLECTIVITÉ TERRITORIALE ; COMPTABLE PUBLIC ; CONTRÔLE DE LÉGALITÉ ; COMMANDE PUBLIQUE

DOCUMENTS À ANNOTER

Instruction n° 10-020-M0 du 6 août 2010

DOCUMENTS À ABROGER

Instruction n° 82-137-M11-M12-M51 du 2 août 1982
Instruction n° 92-059-M0 du 20 mai 1992
Instruction n° 00-077-M0 du 26 septembre 2000

DESTINATAIRES POUR APPLICATION

DRFIP	DDFIP											

DIRECTION GÉNÉRALE DES FINANCES PUBLIQUES

Sous-direction de la gestion comptable et financière des collectivités locales
Bureau CL-1A



SOMMAIRE

LISTE DES ANNEXES

Dans le but de le simplifier et de renforcer son efficacité (recentrage sur les actes à fort enjeu), la circulaire du 10 septembre 2010 présente les nouvelles modalités du contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales et de leurs établissements publics en matière de commande publique.

Cette circulaire, cosignée des ministres chargés de l'intérieur, du budget et de l'économie, figure en annexe de la présente instruction qui a pour objet d'en présenter les principales dispositions et de préciser le rôle des services déconcentrés de la DGFIP en ce domaine. Elle est accompagnée d'un schéma de vérification et de fiches techniques facilitant le contrôle des actes concernés (cf. annexes de la circulaire).

Cette circulaire abroge la précédente circulaire du 23 février 2000 relative à l'association des services déconcentrés de la DGFIP et de la DGCCRF à l'exercice du contrôle de légalité de la commande publique (diffusée par l'instruction n° 00-077-M0 du 26 septembre 2000 abrogée par la présente instruction).

1. LA CIRCULAIRE DU 10 SEPTEMBRE 2010 ET SON CONTEXTE : LES ENJEUX DU CONTRÔLE DE LÉGALITÉ DES ACTES DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES EN MATIÈRE DE COMMANDE PUBLIQUE

1.1. LES ENJEUX DU CONTRÔLE DE LÉGALITÉ

Au moyen de sa circulaire du 24 février 2010 (circulaire NOR : IOC/B/100/1440/C), le ministère de l'intérieur a demandé aux préfets de se concentrer sur le contrôle de légalité des actes prioritaires des organismes publics locaux dans les domaines ayant un fort enjeu : la commande publique, l'urbanisme et l'environnement.

C'est pourquoi la circulaire précitée du 10 septembre 2010 vise à rappeler l'importance et les enjeux que revêt l'exercice du contrôle de légalité en matière de commande publique. Elle précise également le champ d'application de l'intervention des services de la DGFIP en matière de contrôle de légalité.

Le droit de la commande publique a connu, ces dernières années, des évolutions qui ont eu une influence significative sur l'organisation de leurs achats par les collectivités territoriales et leurs établissements publics. De ce fait, l'évolution de la réglementation financière applicable aux marchés publics et aux autres contrats de la commande publique modifie également l'organisation et les modalités d'exercice du contrôle de légalité de ces actes.

1.2. L'ÉVOLUTION DU DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE

1.2.1. L'évolution du droit des marchés publics

Les principales évolutions récentes à rappeler sont :

- Le décret n° 2008-1334 du 17 décembre 2008 et les décrets pris pour l'application de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 obligent les pouvoirs adjudicateurs à recourir à un site dématérialisé pour les achats de fournitures, de services et de travaux d'un montant supérieur à 90 000 € HT. Ils autorisent les pouvoirs adjudicateurs à imposer aux candidats la transmission de leur candidature et de leur offre par voie électronique ;

- Le décret n° 2008-1355 du 19 décembre 2008 modifie les modalités de passation des marchés publics de travaux. Désormais, le recours à une procédure formalisée en matière de marchés de travaux n'est obligatoire qu'à partir du seuil communautaire, fixé par le décret n° 2009-1702 du 30 décembre 2009 à 4 845 000 € HT. Ces seuils de procédure de passation doivent néanmoins être distingués du seuil de transmission au contrôle de légalité de 193 000 € HT, prévu à l'article D. 2131-5-1 du CGCT ;
- Par une décision *M. Pérez* du 10 février 2010, le Conseil d'État a annulé la disposition du décret n° 2008-1356 du 19 décembre 2008 relative au relèvement de 4 000 à 20 000 € HT du seuil en deçà duquel il est possible aux autorités adjudicatrices de procéder à des achats sans publicité ni mise en concurrence ;
- La loi n° 2009-179 du 17 février 2009 autorise, en matière de marchés publics, les assemblées délibérantes à déléguer des pouvoirs à leur exécutif sans qu'un seuil financier défini leur soit imposé. L'exécutif peut ainsi disposer de l'ensemble des pouvoirs pour la préparation, la passation, l'exécution et le règlement des marchés, même formalisés. En l'absence d'une telle délégation, la commission d'appel d'offres attribue le marché, son pouvoir n'étant pas délégué ;
- Il est également rappelé que les cahiers des clauses administratives générales (CCAG) des marchés publics de fournitures et de services, de travaux, de prestations intellectuelles, informatiques et industrielles ont fait l'objet d'une actualisation en 2009. Le Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, destiné à l'ensemble des intervenants de la commande publique, a été également actualisé, par une circulaire du ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi du 29 décembre 2009 (en ligne sur l'intranet Magellan) ;
- Enfin, sur un plan jurisprudentiel, le Conseil d'État, par un arrêt du 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*[1], est revenu sur son avis du 10 juin 1996, *Préfet de la Côte-d'Or*[2]*,* en précisant que la transmission tardive au préfet de la délibération autorisant le maire à signer un contrat n'est pas susceptible d'entraîner la nullité du contrat.

1.2.2. L'évolution du droit des autres contrats de la commande publique

1.2.2.1. Les concessions de travaux publics

L'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics rend compatibles avec le droit communautaire les dispositions législatives relatives à la passation, à l'exécution et au contrôle juridictionnel des concessions de travaux publics. Les contrats de cette nature sont définis comme des *« contrats administratifs dont l'objet est de faire réaliser tous travaux de bâtiment ou de génie civil par un concessionnaire dont la rémunération consiste soit dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix ».*

[1] Extrait : « *En vertu des dispositions [...] codifiées à l'article L. 2131-1 du code général des collectivités territoriales : Les actes pris par les autorités communales sont exécutoires de plein droit dès lors qu'il a été procédé à leur publication ou à leur notification aux intéressés ainsi qu'à leur transmission au représentant de l'Etat dans le département ou à son délégué dans le département ; l'absence de transmission de la délibération autorisant le maire à signer un contrat avant la date à laquelle le maire procède à sa signature constitue un vice affectant les conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement ; toutefois, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, ce seul vice ne saurait être regardé comme d'une gravité telle que le juge doive écarter le contrat et que le litige qui oppose les parties ne doive pas être tranché sur le terrain contractuel* ».

[2] *Extrait : « L'absence de transmission de la délibération autorisant le maire à signer un contrat avant la date à laquelle le maire procède à sa conclusion entraîne l'illégalité dudit contrat ou, s'agissant d'un contrat privé, de la décision de signer le contrat ».*

Ils se différencient, d'une part, du marché public en tant que l'exploitant tire substantiellement sa rémunération des résultats de l'exploitation, et, d'autre part, de la délégation de service public en tant que l'exploitant gère un ouvrage et non un service public. Les dispositions réglementaires relatives aux contrats de ce type sont codifiées aux articles L. 1415-1 à L. 1415-9 du Code général des collectivités territoriales (CGCT).

1.2.2.2. Les contrats de partenariat

La loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat prévoit un nouveau critère de recours à ce type de contrat : l'efficience économique, évaluée au regard d'une comparaison avec les autres contrats de la commande publique permettant d'atteindre le même but. Les contrats de partenariat d'un montant inférieur à un seuil défini par décret[3] peuvent être passés en procédure négociée.

Enfin, la loi n° 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés, codifiée à l'article L. 1414-1 et suivant du CGCT, permet qu'une partie du financement du projet puisse être apportée par une personne publique. Elle précise également que, s'agissant des collectivités territoriales et de leurs établissements publics, les projets d'un montant supérieur à un seuil défini par décret[4] (40 000 000 € HT) doivent être financés majoritairement par le partenaire privé.

1.3. Les fiches pratiques facilitant les contrôles

Les 14 fiches pratiques, annexées à cette nouvelle circulaire, s'inscrivent dans le cadre d'un schéma logique de vérification, qui renvoie aux différentes situations du contrôle de légalité par les préfectures. Elles sont consultables sur l'intranet Magellan (secteur public local/dépenses et recettes/commande publique/contrôle de légalité) et feront l'objet de mises à jour régulières.

L'ensemble de ces fiches fournit, aux préfectures et aussi au réseau de la DGFiP, des outils synthétiques et pratiques en matière de commande publique.

Ces fiches apportent une aide d'autant plus précieuse que le droit de la commande publique est complexe et évolutif. Elles procurent aux services, en particulier ceux chargés du contrôle de légalité, des outils d'analyse à jour.

Ainsi, la fiche n° 1 présente une typologie des contrats, la vérification de la qualification correcte d'un contrat constituant la base de l'expertise dont il fait l'objet. Les critères propres à chaque nature de contrat y sont dégagés, qu'il s'agisse des marchés publics et des accords-cadres, des délégations de service public, des baux emphytéotiques ou des contrats de partenariat.

La fiche n° 2 précise les règles concernant la compétence pour signer des marchés publics.

La fiche n° 3 récapitule, sous la forme d'un tableau synthétique, les règles qui régissent le recours aux différentes procédures de passation des marchés publics.

La fiche n° 4 définit les préalables à la délibération lançant la procédure, à la fois pour les délégations de service public et les contrats de partenariat, tandis que la fiche n° 5 met l'accent sur un point fondamental : la définition des besoins à satisfaire par le pouvoir adjudicateur.

La fiche n° 6 traite des conventions de mandat de maîtrise d'ouvrage publique et des conventions de maîtrise d'œuvre, en insistant, notamment, sur les mentions que ces contrats doivent impérativement contenir, ainsi que sur la nature des missions qui peuvent être confiées.

[3] 4 845 000 € HT pour les contrats de partenariat portant sur des travaux et 193 000 € HT pour les contrats de partenariat portant sur des services.

[4] Décret n°2009-987 du 20 août 2009 codifié à l'article D.1414-9 du CGCT.

La fiche n° 7 présente les procédures de passation tant des marchés publics que des délégations de service public et des contrats de partenariat, tandis que la fiche n° 8 est relative aux mesures de publicité aussi bien préalables que postérieures à l'attribution du contrat.

Dans la même perspective, la fiche n° 9 appelle l'attention sur la réalité de la mise en concurrence préalable et la fiche n° 10 sur les critères de sélection des offres et la motivation des décisions du pouvoir adjudicateur.

Les baux emphytéotiques administratifs et les concessions d'aménagement, souvent méconnus, font l'objet de la fiche n° 11, tandis que la fiche n° 12 décrit la composition des commissions.

La fiche n° 13 revêt une importance toute particulière, en ce qu'elle évoque les clauses financières des marchés et rappelle les règles en ce qui concerne non seulement l'avance, les garanties, les prix, mais également la sous-traitance.

Enfin, la fiche n° 14 apporte des renseignements sur la transaction et sur le référé-provision.

Les principaux points importants à signaler sur ces procédures sont les suivants :

- la circulaire du 7 septembre 2009 relative au recours à la transaction pour la prévention et le règlement des litiges portant sur l'exécution des contrats de la commande publique précise le rôle des comptables dans le contrôle de ces pièces. Ceux-ci ne sont fondés à refuser d'exécuter les paiements prévus par les transactions que pour l'un des motifs limitativement énumérés par les articles 12 et 13 du décret n° 62-1587 du 29 décembre 1962 portant règlement général sur la comptabilité publique (absence de qualité de l'ordonnateur ou de son délégué, indisponibilité des crédits, inexactitude de l'imputation budgétaire de la dépense, absence de validité de la créance ou absence de caractère libératoire du règlement)[5]. *Enfin, la transaction n'a pas à être homologuée pour être exécutoire ;*
- le référé provision est une procédure qui permet le recouvrement rapide d'une créance dès lors que celle-ci n'est pas sérieusement contestable (article R. 541-1 du Code de justice administrative). Ce dernier code précise que le juge des référés peut, même d'office, subordonner le versement d'une provision à la constitution d'une garantie. Cette garantie a pour objet de protéger le débiteur de la provision contre les risques d'insolvabilité du créancier pour le cas où celui-ci devrait reverser les sommes perçues.

2. LE RÔLE DU COMPTABLE PUBLIC ET DES DDFIP/DRFIP DANS LE CONTRÔLE DE LÉGALITÉ DES ACTES DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

2.1. DANS LE CADRE DE SES FONCTIONS DE COMPTABLE PUBLIC, CE DERNIER SE LIMITE AU CONTRÔLE DE LA LÉGALITÉ EXTERNE DES JUSTIFICATIONS DES DÉPENSES QUI LUI SONT PRODUITES

Si le comptable public est garant de la légalité externe des actes sur lesquels il exerce ses contrôles en vertu du décret n° 62-1587 du 29 décembre 1962, il n'est pas pour autant autorisé à se faire juge de la légalité interne des actes qui lui sont soumis.

L'article L. 1617-2 du CGCT prévoit que « *le comptable d'une commune, d'un département ou d'une région ne peut subordonner ses actes de paiement à une appréciation de l'opportunité des décisions prises par l'ordonnateur. Il ne peut soumettre les mêmes actes qu'au contrôle de légalité qu'impose l'exercice de sa responsabilité personnelle et pécuniaire.* »

[5] Cf. instruction n° 10-009 M0 du 12/04/2010 relative au recours à la transaction pour la prévention et le règlement des litiges portant sur l'exécution des contrats de la commande publique.

Le comptable public, en application de l'article 12 du décret précité de 1962, est tenu d'effectuer plusieurs contrôles avant de payer les dépenses publiques locales. Ces contrôles engagent sa responsabilité personnelle et pécuniaire et portent sur la légalité externe des actes qui lui sont soumis.

Les contrôles du comptable sont limités par le principe fondamental de séparation des ordonnateurs et des comptables publics. Sur ce fondement, il lui est interdit de *« subordonner ses actes de paiement à une appréciation de l'opportunité des décisions prises par l'ordonnateur »*. Ainsi, les comptables publics doivent se limiter à la seule appréciation de l'existence et de la régularité des pièces justificatives du paiement (cf. article D. 1617-19 du CGCT). Le comptable public n'est pas juge de la légalité interne des actes des collectivités territoriales.

La jurisprudence administrative énonce clairement que *« les comptables publics ne sont autorisés à vérifier la légalité des pièces justificatives que dans la limite des contrôles dont ils sont personnellement et pécuniairement responsables »* (Conseil d'État, 5 février 1971, Balme, req. n° 71173 ; Conseil d'État, 21 octobre 2009, Ministre du Budget, req. n° 306960 ; Cour des comptes, 2 mai 1996, Commune de Royat).

2.2. Les services de la DGFIP apportent leur concours au préfet en matière de contrôle de légalité des actes relatifs à la commande publique

La proximité des comptables publics par rapport aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics permet aux services déconcentrés de la DGFIP d'apporter au préfet un concours et une expertise en matière de contrôle de légalité des actes relatifs à la commande publique.

2.2.1. La participation des services de la DGFIP à la définition du plan départemental de contrôle

La circulaire du 10 septembre 2010 prévoit la mise en place d'une stratégie du contrôle de légalité de la commande publique (approche rationnelle de la sélectivité des vérifications opérées). Elle définit le cadre du partenariat entre services préfectoraux et services déconcentrés de la DGFiP en ce domaine.

Cette stratégie partagée, tenant compte des ressources effectivement disponibles de chaque partenaire, se matérialise sous la forme d'un *plan départemental de contrôle* établi selon une périodicité au moins bisannuelle.

Les services préfectoraux, les services déconcentrés de la DGFIP et les services régionaux de la consommation, de la concurrence, du travail et de l'emploi (DIRECCTE) réalisent en commun un *diagnostic local* issu de la mutualisation de leurs informations et compétences respectives.

La circulaire du 10 septembre 2010 définit des priorités de contrôle en matière d'actes de commande publique. Ainsi, une attention soutenue sera portée sur :

- les marchés de travaux à procédure adaptée d'un montant élevé (par exemple, supérieur à 1 000 000 € HT) ;
- les marchés de maîtrise d'œuvre ;
- les avenants supérieurs à 5 % ;
- les conventions de délégation de service public et les contrats de partenariat, au regard de leur aspect novateur ;
- les contrats de prestation intégrée (« in house »).

L'accent est également mis sur les secteurs d'activité à fort enjeu concurrentiel ainsi que sur les enjeux relatifs au développement durable dans la commande publique.

2.2.2. Les signalement aux préfets d'actes présumés illégaux par les directeurs départementaux et régionaux des Finances publiques

La circulaire du 28 juillet 2010 relative au signalement par les DDFiP/DRFiP aux préfets des faits susceptibles de constituer des illégalités ou des dérives de gestion dans le secteur public local, remplace et annule les circulaires du ministre délégué chargé du budget n° 90 CD-2646 du 18 juin 1990 et n° 90 CD-4211 du 12 septembre 1990[6].

Elle détaille la contribution des comptables publics en matière de contrôle de légalité et de prévention des irrégularités ou actes de mauvaise gestion manifeste. Le comptable public a ainsi un rôle d'alerte du directeur départemental ou régional des finances publiques. Il n'a néanmoins pas la charge de qualifier juridiquement les faits concernés, cette tâche revenant aux préfets et aux autorités judiciaires. Le directeur départemental ou régional examine les signalements qui lui sont transmis par les comptables publics et apprécie s'ils doivent ou non être transmis au préfet.

2.2.3. Les services déconcentrés de la DGFiP sont ponctuellement sollicités pour expertise par les préfets

Dans le cadre des relations que le réseau de la DGFIP entretient avec les autorités préfectorales, il est rappelé que celles-ci peuvent consulter les directeurs départementaux ou régionaux sur la légalité des actes de la commande publique qui leurs sont transmis.

2.2.4. Le rôle de conseil au profit des ordonnateurs pour prévenir les difficultés

Les services déconcentrés de la DGFIP et les décideurs locaux développent des contacts étroits et réguliers. Ainsi, le comptable public, en complément de ses missions traditionnelles relatives à l'encaissement des recettes et au paiement des dépenses, assure un rôle de conseil et d'information au profit des ordonnateurs locaux. Ces missions revêtent une importance particulière, à l'heure de la complexification du droit, source grandissante d'insécurité juridique.

Pour appuyer l'action des comptables publics, les DDFiP/DRFiP bénéficient de l'appui du pôle national de soutien au réseau sachant que les acheteurs publics locaux peuvent également interroger directement sa cellule d'information juridique (CIJAP[7]).

L'aide apportée par la DGFiP aux préfets pour l'exercice de leur mission de contrôle de légalité s'inscrit dans la démarche globale de développement de l'offre de service à destination des gestionnaires publics locaux.

Toute difficulté d'application devra être signalée au bureau CL1A.

LE CHEF DU SERVICE DES COLLECTIVITÉS LOCALES

FRÉDÉRIC IANNUCCI

---

[6] Cf. Instruction n° 10-020-MO du 6 août 2010 relative au devoir d'alerte dans le secteur public local

[7] Pour en savoir plus : http://www.colloc.bercy.gouv.fr/colo_struct_marc_publ/cell_info.html

ANNEXE : Circulaire n° IOCB1006399C du 10 septembre 2010 relative au contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales et de leurs établissements publics en matière de commande publique.

MINISTÈRE DE L'INTÉRIEUR, DE L'OUTRE-MER ET DES COLLECTIVITES TERRITORIALES

MINISTÈRE DU BUDGET, DES COMPTES PUBLICS ET DE LA REFORME DE L'ETAT

MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE, DE L'INDUSTRIE ET DE L'EMPLOI

LE MINISTRE DE L'INTERIEUR, DE L'OUTRE-MER
ET DES COLLECTIVITES TERRITORIALES

LA MINISTRE DE L'ECONOMIE, DE L'INDUSTRIE ET DE L'EMPLOI

LE MINISTRE DU BUDGET, DES COMPTES PUBLICS
ET DE LA REFORME DE L'ETAT

LE SECRETAIRE D'ETAT
A L'INTERIEUR ET AUX COLLECTIVITES TERRITORIALES

A

MESDAMES ET MESSIEURS LES PREFETS

MESDAMES ET MESSIEURS
LES DIRECTEURS REGIONAUX ET DEPARTEMENTAUX DES FINANCES PUBLIQUES
LES TRESORIERS-PAYEURS GENERAUX

MESDAMES ET MESSIEURS LES DIRECTEURS REGIONAUX DES ENTREPRISES
DE LA CONCURRENCE, DE LA CONSOMMATION
DU TRAVAIL ET DE L'EMPLOI

MESDAMES ET MESSIEURS LES DIRECTEURS DEPARTEMENTAUX EN CHARGE DE VEILLER A
L'EGALITE D'ACCES A LA COMMANDE PUBLIQUE

NOR IOCB1006399C

OBJET : Contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales et de leurs établissements publics en matière de commande publique.

La présente circulaire s'inscrit dans la politique de réforme du contrôle de légalité initiée en 2007 par le conseil de modernisation des politiques publiques. Ce dernier a décidé sa centralisation dans les préfectures (circulaire NOR IOCA0917418C du 23 juillet 2009 relative à la réorganisation du contrôle de légalité entre les préfectures et les sous-préfectures) et son recentrage sur les actes qui présentent des enjeux majeurs, notamment la commande publique, l'urbanisme et le développement durable. La circulaire sur la stratégie et les modalités du contrôle de légalité en matière d'urbanisme est parue le 1er septembre 2009.

Dans ce contexte, il a semblé nécessaire de rappeler le caractère prioritaire que revêt le contrôle des actes des collectivités territoriales et de leurs établissements publics[1] ayant trait à la commande publique.

---

[1] Les établissements publics de santé ne sont plus concernés : depuis la loi du 21 juillet 2009 « HPST », ce sont des établissements publics de l'État: Cf. Circulaire DHOS/F4/2009/300 du 25 septembre 2009 relative à la suppression du contrôle de légalité sur les marchés, baux emphytéotiques et contrats de partenariat passés par les établissements publics de santé ainsi qu'aux procédures de recours applicables à leurs contrats de commande publique.

ANNEXE (suite)

Le contrôle de légalité est une mission constitutionnelle des préfets et une des garanties fondamentales du respect de l'Etat de droit. A cet égard, le contrôle des actes de la commande publique comporte des enjeux particuliers.

La conformité au droit de la commande publique est un élément essentiel de la qualité de l'achat public et du bon emploi des fonds publics. Il contribue au respect des principes fondamentaux d'égalité d'accès aux marchés publics et de transparence. L'efficacité du contrôle concourt à la confiance du citoyen dans l'intégrité du processus de commande publique. Les élus indiquent qu'ils considèrent le contrôle comme une sécurité et notamment un élément de prévention du risque pénal.

Afin d'accélérer les investissements publics et de supprimer des formalités inutiles, certaines procédures ont été significativement allégées dans la période récente. Un contrôle effectif constitue la nécessaire contrepartie des degrés de liberté supplémentaires ainsi accordés aux collectivités territoriales.

En particulier, le seuil des marchés à procédure adaptée a été relevé de même que le seuil d'intervention de la commission d'appel d'offres. Pour autant, les marchés dont il s'agit ne se trouvent pas hors champ du contrôle, ni « hors droit ». L'allègement des règles de forme rend d'autant plus nécessaire le contrôle du respect des principes de la commande publique. Cette catégorie de marchés fait l'objet du point *1.2* de la présente circulaire.

La technicité de ces matières et leurs fréquentes évolutions normatives doivent amener à développer une expertise spécifique dans chaque département et un contrôle ciblé, ce qui oblige à définir, au sein de ces contrats de la commande publique, les dispositions sur lesquelles doit porter en priorité le contrôle de légalité.

Le contrôle doit être adossé à une stratégie partagée avec l'ensemble des services concernés de l'Etat, qui, par leur connaissance et leur expertise, peuvent aider le représentant de l'Etat dans l'exercice de sa mission constitutionnelle de contrôle de légalité. C'est la raison pour laquelle cette circulaire est interministérielle et cosignée par les ministres en charge des comptes publics et de l'économie.

Il ne faut pas perdre de vue que la responsabilité de l'Etat peut être engagée pour faute lourde en cas de carence prolongée du contrôle (CE, 6 octobre 2000, *commune de Saint-Florent*).

Cette circulaire est composée des parties suivantes :

- actualité, rôle et enjeux du contrôle de légalité en matière de commande publique ;
- le plan départemental de contrôle définissant la stratégie du contrôle de légalité de la commande publique ;
- le rôle des services de la DGFiP et de la DGCCRF en matière de contrôle de légalité ;
- les procédures préalables et consécutives au contrôle de légalité.

Elle comporte, en annexe, un schéma de vérification des contrats de la commande publique, ainsi qu'une série de fiches pratiques.

La présente circulaire abroge la précédente du Ministre de l'Intérieur, du Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie et de la Secrétaire d'Etat au budget (NOR/INT/B/0000037/C) du 23 février 2000 relative à l'association des services déconcentrés de la Direction générale de la comptabilité publique et de la DGCCRF à l'exercice du contrôle de légalité de la commande publique[2].

[2] Consultable sur Internet à l'adresse : http://www.interieur.gouv.fr/sections/a_votre_service/publications/circulaires/2000/INTB0000037C.pdf/downloadFile/file/INTB0000037C.pdf?nocache=1204343264.4

ANNEXE (suite)

1- Le contrôle de légalité en matière de commande publique : actualité, rôle et enjeux

Il convient de rappeler qu'aux termes du code général des collectivités territoriales (articles L. 2131-2, L. 3131-2 et L. 4141-2), les conventions relatives aux marchés et aux accords-cadres, à l'exception des conventions relatives à des marchés et à des accords-cadres d'un montant inférieur à un seuil défini par décret, ainsi que les conventions de concession ou d'affermage de services publics locaux et les contrats de partenariat sont transmis au représentant de l'Etat. Un certain nombre de conventions ne sont pas nécessairement transmis au contrôle de légalité car ne figurant pas dans la liste des actes soumis à l'obligation de transmission (article L.2131-2 du code général des collectivités territoriales, baux emphytéotiques administratifs, contrats de régie intéressée), ce qui n'interdit pas au préfet d'effectuer un contrôle de ces conventions lorsqu'il est rendu destinataire des délibérations qui les portent. Il peut en outre demander que ces conventions lui soient communiquées au titre du pouvoir d'évocation mentionné à l'article L. 2131-4 du CGCT.

La mission des services chargés du contrôle de légalité est de vérifier la conformité des actes transmis par les collectivités territoriales et leurs établissements publics à la réglementation en vigueur. L'efficacité de cette mission passe par la connaissance des textes par les services en charge du contrôle. Or, s'agissant de la commande publique, la complexité des procédures et la diversité des normes sont source de difficultés de mise en œuvre et parfois d'interprétation. En outre, la commande publique procède de plus en plus de normes d'inspiration communautaire, ce qui ne facilite pas toujours sa lisibilité.

Le plan de relance engagé fin 2008 a allégé certaines des procédures que doit mettre en œuvre l'acheteur public. A cette occasion, il est apparu qu'il existait un réel besoin de conseils à destination des acheteurs locaux.

1.1 CONTEXTE : LE DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE A CONNU DES ÉVOLUTIONS RÉCENTES IMPORTANTES

1.1.1 Les principales évolutions normatives et jurisprudentielles récentes des marchés publics

En matière de marché public[3], différents textes récents ont impacté l'organisation de l'achat public des collectivités territoriales et de leurs établissements publics.

- Le décret n° 2008-1334 du 17 décembre 2008 oblige les pouvoirs adjudicateurs à publier les documents de la consultation sur leur « profil d'acheteur »[4] pour les achats de fournitures, de services et de travaux d'un montant supérieur à 90 000 € HT. Il autorise, par ailleurs, les pouvoirs adjudicateurs à imposer aux candidats à un marché la transmission de leur candidature et de leur offre par voie électronique. La transmission par voie électronique des documents requis des candidats pour les marchés informatiques d'un montant supérieur à 90 000 euros HT devient obligatoire. Pour les services chargés du contrôle de légalité, cela implique un travail sur des marchés pouvant être entièrement dématérialisés (cf. fiche numéro 15).

- Le décret n° 2008-1355 du 19 décembre 2008 relatif à la mise en œuvre du plan de relance économique dans les marchés publics modifie les modalités de passation des marchés publics de travaux. Auparavant, le seuil pour l'adoption obligatoire d'une procédure formalisée était le même pour les trois types de marché (services, fournitures et travaux). Désormais, l'adoption d'une procédure formalisée en matière de marchés de travaux n'est obligatoire qu'à partir du seuil communautaire, fixé par le décret n° 2009-1702 du 30 décembre 2009 à 4 845 000 € HT, bien supérieur au seuil prévu pour les marchés de services et de fournitures (193 000 € HT pour les collectivités locales et leurs établissements publics).

[3] Cf. Fiche en ligne sur internet de la Direction des affaires juridiques des ministères financiers relative à la distinction des marchés publics par rapport aux autres contrats publics : http://www.economie.gouv.fr/directions_services/daj/conseils_acheteurs/fiche-MP-et-autres-contrats-publics.pdf

[4] Un « profil d'acheteur » est un site dématérialisé auquel le pouvoir adjudicateur a recours pour ses achats. Il doit s'agir d'un site, généralement une plate-forme, accessible en ligne, par l'intermédiaire du réseau internet, offrant toutes les fonctionnalités nécessaires à la dématérialisation des procédures : au minimum, information des candidats et réception des candidatures et des offres. Le site internet d'une collectivité ne peut être qualifié de profil d'acheteur que s'il offre l'accès à ces fonctionnalités.

ANNEXE (suite)

La publication de ces textes doit être mise en parallèle avec le maintien du seuil de transmission des marchés publics aux services chargés du contrôle de légalité. Le seuil de transmission au contrôle de légalité est déconnecté de la procédure de passation du marché. Ce seuil, prévu à ce jour par l'article D. 2131-5-1 du CGCT, est le même pour tous les types de marché (193 000 € HT). Dès lors, les marchés de travaux, quand bien même ils feraient l'objet d'une procédure adaptée en raison d'un montant inférieur au seuil de 4 845 000 € HT, doivent être transmis au contrôle de légalité si leur montant dépasse le seuil de 193 000 € HT[5].

- Le décret n° 2008-1356 du 19 décembre 2008 relatif au relèvement de certains seuils du code des marchés publics avait relevé le seuil en deçà duquel il est possible aux autorités adjudicatrices de procéder à des achats sans publicité ni mise en concurrence, de 4 000 € HT à 20 000 € HT. Cette disposition ayant été annulée par le Conseil d'Etat dans une décision du 10 février 2010, *M. Pérez*, les contrats passés à compter du 1er mai 2010 et supérieurs à un montant de 4 000 € HT doivent en principe respecter les obligations de publicité et de mise en concurrence.

- La loi n° 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés autorise, en matière de marchés publics, les assemblées délibérantes à déléguer des pouvoirs à leur exécutif sans qu'un seuil financier défini par décret leur soit imposé. Ainsi, l'exécutif local peut disposer de l'ensemble des pouvoirs pour la préparation, la passation, l'exécution et le règlement des marchés. Il est toutefois précisé que, dans certains cas, la commission d'appel d'offres attribue le marché et son pouvoir n'est pas susceptible d'être délégué à l'exécutif local.

- L'actualisation des cahiers des clauses administratives générales (CCAG) des marchés publics de fournitures courantes et de services, de travaux, de prestations intellectuelles, informatiques et industrielles[6].

Ces modifications du droit de la commande publique, ainsi que l'institution en 2009 du nouveau référé contractuel (voir *infra*, 4.2.4), ont justifié l'actualisation du *Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics* par la circulaire du Ministre de l'Economie, de l'Industrie et de l'Emploi du 29 décembre 2009[7]. Ce document pédagogique s'avère un outil précieux non seulement pour les acheteurs publics locaux mais aussi pour les fonctionnaires de l'Etat en charge du contrôle et du conseil en matière de commande publique.

- Enfin, récemment en revenant sur son avis du 10 juin 1996, *Préfet de la Côte-d'Or*, le Conseil d'Etat a considéré que la transmission tardive au préfet de la délibération autorisant le maire à signer un contrat n'est pas susceptible d'entraîner la nullité du contrat (CE Assemblée, 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*). En effet, le Conseil d'Etat précise que « *ce seul vice ne saurait être regardé comme d'une gravité telle que le juge doive écarter le contrat et que le litige qui oppose les parties ne doive pas être tranché sur le terrain contractuel* ».

Le caractère tardif de la transmission était invoqué par l'une des parties au litige afin d'aboutir à l'annulation du contrat, même si ce dernier était déjà en cours d'exécution. En rendant ce moyen d'annulation inopérant, le Conseil d'Etat invite le juge administratif à trancher le litige en restant davantage sur le terrain contractuel, en appréciant le respect des clauses par les parties et l'adéquation des mesures prononcées avec des objectifs d'intérêt général. L'illégalité doit désormais être appréciée au regard de l'exigence de loyauté des relations contractuelles et de la stabilité de ces relations.

Avec l'arrêt Commune de Béziers, les contrats de la commande publique gagnent en stabilité. Toutefois, cet arrêt n'est pas de nature à compromettre la portée du déféré préfectoral et ne signifie absolument pas pour les collectivités territoriales une dispense de transmission au contrôle de légalité. Il ne fait qu'écarter un moyen susceptible de mettre fin à un contrat après sa signature et qui a déjà produit la plupart de ses effets.

1.1.2. Autres contrats de la commande publique

Les délégations de service public

---

[5] Voir à cet égard le télégramme du 12 janvier 2009 du secrétaire général du ministère de l'intérieur.

[6] CCAG fournitures courantes et de services : arrêté 19 janvier 2009 - NOR : ECEM0816423A - JO du 19 mars 2009. CCAG travaux : arrêté du 8 septembre 2009 - NOR: ECEM0916617A – JO du 1er octobre 2009. CCAG prestations intellectuelles : arrêté du 16 septembre 2009 - NOR: ECEM0912503A – JO du 16 octobre 2009. CCAG prestations informatiques : arrêté du 16 septembre 2009 - NOR: ECEM0912514A – JO du 16 octobre 2009. CCAG prestations industrielles : (arrêté du 16 septembre 2009 - NOR: ECEM0908897A – JO du 16 octobre 2009).

[7] NOR : ECEM0928770C - JO du 31 décembre 2009.

ANNEXE (suite)

Il convient de rappeler que les délégations de service public sont soumises aux principes fondamentaux de la commande publique rappelés *infra* (CE, 23 décembre 2009, Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles, req. n° 330054).

Les concessions de travaux publics

L'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics, rend compatible avec le droit communautaire[8] les dispositions législatives relatives à la passation, à l'exécution et au contrôle juridictionnel des concessions de travaux publics. L'article 1er de l'ordonnance définit ce contrat : il s'agit de « *contrats administratifs dont l'objet est de faire réaliser tous travaux de bâtiment ou de génie civil par un concessionnaire dont la rémunération consiste soit dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix* ».

Ces contrats, qui ne sont ni des délégations de service public, ni des marchés publics, ont pour objet de confier à l'exploitant la conception et l'exploitation d'un ouvrage. A l'inverse du marché public, l'exploitant tire substantiellement sa rémunération des résultats de l'exploitation. Par ailleurs, contrairement à la délégation de service public, l'exploitant ne se voit pas confier la gestion du service public : il gère un ouvrage. Il est fréquent qu'une concession de travaux soit couplée à une délégation de service public mais ce n'est qu'une faculté.

L'ordonnance du 15 juillet 2009 crée neuf nouveaux articles dans le code général des collectivités territoriales (L. 1415-1 à L. 1415-9).

Au regard du droit communautaire, ce type de contrat est qualifié de concession et est soumis à la directive 89/665/CEE du Conseil du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, modifiée par la directive 2007/66/CE du Parlement et du Conseil du 11 décembre 2007.

Pour des concessions mêlant à la fois des travaux et des services, mais dans lesquels la part des travaux serait prédominante, l'ordonnance prévoit un régime de publicité exclusivement communautaire.

Nous vous invitons à veiller à la réalité du caractère prédominant des travaux dans ce type de montage dès lors qu'un tel contrat vous sera soumis pour contrôle.

Les contrats de partenariat

Les contrats de partenariat ont été impactés par deux lois récentes visant à faciliter leur passation et leur exécution.

La loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat prévoit un nouveau critère de recours à ce contrat, aux côtés de l'urgence et de la complexité : l'efficience économique (bilan coûts-bénéfices), évaluée au regard d'une comparaison avec les autres contrats de la commande publique permettant d'atteindre le même but. Par ailleurs, les contrats de partenariat d'un montant inférieur à un seuil défini par décret[9] pourront être passés en procédure négociée (voir annexes, *fiche n° 7*).

La loi n° 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés, codifiée à l'article L. 1414-1 et suivants du code général des collectivités territoriales, précise la définition du contrat de partenariat. Elle permet également qu'une partie du financement au projet puisse être apportée par une personne publique (article 14). Concernant les collectivités territoriales et les établissements publics locaux, ce financement doit être assuré majoritairement par le partenaire privé pour les projets d'un montant supérieur à un seuil défini par décret (40 000 000 € HT).

[8] Notamment la directive n° 2004/18 du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

[9] 4 845 000 € pour les contrats de partenariat portant sur des travaux et 193 000 € pour les contrats de partenariat portant sur des services.

ANNEXE (suite)

L'ensemble de ces dispositifs, auxquels il importe d'ajouter la création d'un fonds de garantie par la loi de finances rectificative du 4 février 2009, vise à faciliter la passation et l'exécution des contrats de partenariat. Le contrôle doit veiller à ce que ces facilités ne conduisent pas les cocontractants à s'affranchir de leurs contraintes, notamment celles prévues pour le choix final du contrat de partenariat parmi d'autres contrats possibles.

1.2 LE CONTRÔLE ET LE CONSEIL EN MATIÈRE DE MARCHÉS À PROCÉDURE ADAPTÉE

Le conseil aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics est indissociable du contrôle de légalité. Par sa situation en amont du contrôle, le conseil peut permettre de résoudre dès l'origine des difficultés que les collectivités peuvent rencontrer lorsqu'elles élaborent un projet. Dès lors, votre action de conseil devra se situer le plus en amont possible de la phase d'élaboration, ce qui nécessite de disposer d'informations de la part des collectivités ou des autres services de l'Etat.

Vous demanderez aux collectivités qui vous saisissent de veiller au respect des principes fondamentaux de la commande publique (liberté d'accès, égalité de traitement et transparence des procédures), en particulier pour les marchés passés selon une procédure adaptée. A cet égard, il est indispensable de rappeler que le caractère adapté d'une procédure doit être compris en fonction du montant du marché et de sa complexité. En ce sens, le degré de formalisation d'un marché (publicité, introduction de la commission d'appel d'offres) doit s'accentuer proportionnellement à son montant ou à son niveau de complexité technique. Ce principe a été rappelé par le Conseil d'Etat dans sa décision du 24 février 2010, *Communauté de communes de l'Enclave des Papes* (n° 333569).

Le contrôle de légalité des marchés à procédure adaptée doit donc vérifier tout particulièrement la pertinence des modalités choisies par l'acheteur de publicité et de mise en concurrence compte tenu du montant prévu du marché. En effet, cette catégorie de marchés recouvre des contrats de montant très divers, en particulier pour les marchés de travaux, dont le seuil est à ce jour de 4 845 000 € HT. D'une manière générale, plus le coût des prestations est élevé, plus l'acheteur doit veiller au respect des grands principes de la commande publique en annonçant clairement les critères d'attribution et en étant plus exigeant sur la publication de l'appel à concurrence. Ce principe a été rappelé par le Conseil d'Etat dans sa décision du 29 janvier 2009, *Agence nationale pour l'emploi* (n° 290236).

Lorsque cela est possible, tant l'efficacité économique de l'achat public que le bon usage des deniers publics plaident pour l'utilisation des procédures les plus souples du code. Toutefois, dans certains cas, la recherche de la sécurité pourra conduire à recommander l'adoption d'une procédure qui s'inspire de celles du code des marchés publics, ainsi que la saisine de la commission d'appel d'offres.

Le contrôle constitue également un temps, en particulier au travers des lettres d'observation, permettant d'ouvrir un dialogue, qui aura pour objectif la mise en place de bonnes pratiques susceptibles d'accroître la sécurité juridique des contrats. Cette dimension pédagogique ne doit pas être négligée ; elle s'inscrit pleinement dans la mission du contrôle de légalité. A cette fin, vous pourrez vous appuyer sur le guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics (voir *supra*, 1.1).

1.3 L'APPUI AU CONTRÔLE DE LÉGALITÉ : SCHÉMA DE VÉRIFICATION, FICHES-ACTION ET CONTACTS

Un schéma de vérification type pour chaque contrat de commande publique est présenté en annexe de la présente circulaire. La méthode retenue pour le contrôle de légalité de la commande publique s'organise autour de trois temps forts : l'élaboration du contrat, la vie du contrat et la fin du contrat.

Les éléments prioritaires de procédure s'articulent autour de ces trois temps. Ils apparaîtront sous une forme plus détaillée dans les fiches jointes en annexe qui rappellent les principaux textes et la jurisprudence applicable, ainsi que le mode d'emploi des procédures de contrôle.

Ces fiches seront mises à jour régulièrement et consultables aux adresses intranet suivantes :

- réseau des préfectures : Intranet DGCL > Rubrique *Compétences* > Rubrique *Commande publique*
- réseau de la DGFiP : Intranet Magellan > Rubrique *Dépenses et recettes* > Rubrique *La commande publique*.

Au préalable, il vous appartiendra de vérifier l'exactitude de la qualification juridique du contrat que vous allez contrôler (cf. fiche sur la définition des types de contrat).

ANNEXE (suite)

Enfin, si des questions persistent sur les modalités de contrôle, nous vous invitons à saisir :

- pour les préfectures hors d'Ile-de-France, le pôle interrégional d'appui au contrôle de légalité (PIACL), dépendant de la direction générale des collectivités locales du ministère de l'intérieur, des collectivités territoriales et de l'outre-mer ;
- pour les préfectures d'Ile-de-France, la direction générale des collectivités locales, bureau du contrôle de légalité et du conseil juridique ;
- pour le réseau des comptables publics de la DGFiP, le pôle national de soutien au réseau (PNSR) spécialisé en commande publique, dépendant de la direction générale des finances publiques du ministère du budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'Etat.

Pour les questions portant sur l'interprétation générale du code des marchés publics, vous pouvez contacter, outre les services susmentionnés, la Cellule d'information juridique aux acheteurs publics (CIJAP) de la DGFIP, qui est un service de conseil aux acheteurs, placé sous l'autorité de la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi.

Il est également à noter que vous pouvez saisir la mission d'appui aux partenariats publics-privés (MAPPP, www.ppp.bercy.gouv.fr) lors du contrôle de certains contrats de partenariat particulièrement complexes.

Par ailleurs, en application de l'article 129 du code des marchés publics, la commission consultative des marchés publics (CCMP) fournit aux collectivités territoriales qui le demandent une assistance à l'élaboration ou la passation des marchés et accords-cadres d'un montant supérieur à 1 000 000 € HT (décret n° 2009-1279 du 22 octobre 2009). Les avis ou recommandations de la CCMP sont transmises au représentant de l'Etat.

2- Le plan départemental de contrôle définit la stratégie du contrôle de légalité de la commande publique

Nous vous demandons d'établir un plan départemental de contrôle au plus tard le 1er mars 2011. Suivant une périodicité adaptée à leur structure (a minima biannuelle), les services préfectoraux, les services déconcentrés de la Direction générale des finances publiques (DGFiP) et les directions régionales de la consommation, de la concurrence, du travail et de l'emploi (DIRECCTEs) établissent en commun un diagnostic local par la mise en commun de leurs informations respectives.

La stratégie du contrôle est fondée sur la détermination de critères établis en fonction du contexte local qui trouvera à s'articuler avec les objectifs nationaux.

2.1 Les priorités définies au niveau national

Ces priorités déclinées ci-après constituent des indications que les services reprendront en tout ou partie dans la définition des priorités du contrôle telles que formalisées dans le plan départemental de contrôle spécifique à la commande publique. Elles représentent un socle de contrôle commun à toutes les préfectures.

Le contrôle portera en priorité sur les types de contrats nécessitant, du fait de leur complexité ou de leur nouveauté, avec une attention particulière sur :

- les marchés de travaux à procédure adaptée d'un montant élevé (par exemple, supérieur ou égal à 1 000 000 € HT) ;
- les marchés de maîtrise d'œuvre ;
- les avenants supérieurs à 5% ;
- les conventions de délégation de service public et les contrats de partenariat au regard de leur aspect novateur ;
- les contrats de prestation intégrée (« in house »).

Le contrôle s'exercera notamment dans des secteurs d'activité à fort enjeu concurrentiel : nombre d'offreurs sur le marché limités, barrières d'accès au marché constituées par des investissements préalables conséquents ou secteurs d'activités soumis à des réglementations techniques.

ANNEXE (suite)

Par ailleurs, il est recommandé de vous intéresser aux enjeux relatifs au développement durable dans les contrats de la commande publique : présence de clauses d'exécution environnementales et/ou sociales régies par l'article 14 du code des marchés publics.

2.2 La méthodologie pour élaborer un plan départemental de contrôle : déterminer des objectifs communs entre les services concernés et établir un diagnostic local

Le diagnostic local s'appuiera, à titre principal, sur :

- les traits dominants de l'environnement économique local, notamment l'intensité de la concurrence dans les différents secteurs économiques ;
- les principales irrégularités constatées lors de l'exercice du contrôle de légalité ;
- les données relatives aux pratiques de gestion et à la situation financière des collectivités territoriales, en s'appuyant sur la connaissance fine du terrain des sous-préfets et du réseau des comptables ;
- les rapports et avis de la chambre régionale des comptes ;
- des études diverses sur des projets d'investissements publics structurants, par exemple ceux de la Mission d'expertise économique et financière (MEEF) ou de la Mission interministérielle d'inspection du logement social (MILOS).

Naturellement, cette liste n'est pas limitative et dépend des circonstances locales. Elle constitue pour autant un socle minimal. Vous veillerez à ne pas limiter le contrôle de légalité aux seules collectivités territoriales, mais, le cas échéant, à l'appliquer aux établissements locaux concernés. Le préfet tiendra compte par exemple :

- de la fréquence des contentieux constatés localement sur certains types de contrats et plus spécialement du nombre d'observations ou de contentieux fréquents en matière de commande publique ;
- du secteur économique, compte tenu des conditions concrètes de fonctionnement du marché.

Le plan départemental, document communiqué à l'ensemble des services concernés, devra s'appuyer sur des objectifs partagés et définis préalablement par le préfet, en lien avec le trésorier-payeur général (ou le directeur régional ou départemental des finances publiques) et le chef du pôle de la « concurrence, consommation, répression des fraudes et métrologie », de la DIRECCTE.

Par ailleurs, il importe que les sous-préfets d'arrondissement soient impliqués dans l'élaboration du plan départemental, compte tenu de leur connaissance fine des enjeux économiques locaux.

2.3 La participation des services de la DGFiP et de la DGCCRF à la définition du plan départemental

Le plan départemental devra fixer les modalités concrètes de concours des services déconcentrés de la DGFiP et de la DIRECCTE en fonction notamment des intérêts locaux en jeu et des ressources de contrôle disponibles. Le plan devra également prévoir les modalités concrètes permettant aux services des administrations concernées de travailler de concert au regard de leurs capacités d'expertise. En particulier, certains montages juridiques nécessitent une expertise financière et comptable ou une expertise juridique en matière de pratiques anticoncurrentielles, d'ententes ou d'abus de position dominante.

La circulation réciproque de l'information est indispensable à une coopération renforcée entre les services préfectoraux et les services déconcentrés de la DGFiP et de la DIRECCTE. De façon analogue, le plan d'action précisera, le cas échéant, dans quelles conditions l'expertise de la chambre régionale des comptes ou du tribunal administratif pourra être sollicitée le cas échéant (voir *infra*, 4.1.2).

2.4 LA FORMALISATION DES BILANS DU CONTRÔLE

L'efficacité du contrôle ne tient pas qu'à sa dimension curative mais aussi à sa dimension préventive. Afin que la politique de contrôle favorise l'anticipation des difficultés, il convient d'aider les collectivités, en particulier leurs exécutifs, à mieux appréhender les difficultés organisationnelles et procédurales que peuvent connaître leurs services. L'objectif n'est pas de pointer uniquement une catégorie particulière de collectivité mais d'amener les collectivités qui rencontrent des difficultés à améliorer progressivement la qualité de leurs actes, décisions et délibérations.

ANNEXE (suite)

En ce sens, il peut être envisagé, le cas échéant, que les bilans de campagne de contrôle soient communiqués aux exécutifs locaux pour que ces derniers soient en mesure de conforter les points forts et de remédier aux points faibles ainsi identifiés.

Les bilans de contrôle sont aussi nécessaires à l'actualisation régulière de la stratégie de contrôle. Si le nombre d'irrégularités constatées à la suite du contrôle est durablement faible, il convient de s'interroger sur le ciblage initial des contrôles retenu et d'envisager un redéploiement des objectifs de contrôle.

Afin de permettre des ajustements éventuels de la stratégie nationale de contrôle, il importe enfin que les plans départementaux ainsi que les bilans de contrôle soient transmis annuellement au ministre de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales, direction générale des collectivités locales.

3- Les partenaires du préfet dans le cadre de ses responsabilités en matière de contrôle de légalité

3.1 LES SERVICES DE LA DGFIP APPORTENT LEUR CONCOURS AU PRÉFET

Les comptables publics ne sont autorisés à vérifier la légalité des pièces justificatives que dans la stricte limite des contrôles dont ils sont personnellement et pécuniairement responsables (article L. 1617-2 du CGCT ; CE, 5 février 1971, Balme, req. n°71173 ; CE, 21 octobre 2009, Ministre du Budget, req. n°306960 ; Cour des comptes, 2 mai 1996, Commune de Royat).

Ainsi, les comptables ne doivent pas apprécier la légalité interne des actes qui servent de fondement à la créance, mais seulement l'existence et la régularité des pièces justificatives du paiement (article D.1617-19 du CGCT).

3.1.1 Le signalement aux préfets d'actes présumés illégaux par les trésoriers-payeurs généraux (ou directeurs régionaux ou départementaux des finances publiques)

Les circulaires n° 90 CD 2646 du 18 juin 1990, n° CD 4211 du 12 septembre 1990 et n° CD 2121 du 13 mai 1992 ont précisé la contribution des comptables publics en matière de contrôle de légalité. Ainsi, dans le respect des textes et des missions particulières de la direction générale des finances publiques, rappelées ci-dessus, lorsqu'un comptable constate qu'il doit exécuter un acte manifestement illégal, il doit le signaler au trésorier-payeur général ou au directeur régional ou départemental des finances publiques chargé d'en informer le préfet. Un point régulier sera fait sur ces dossiers et leurs suites.

3.1.2 La demande ponctuelle d'expertise par les préfets aux trésoriers-payeurs généraux (ou directeurs départementaux ou régionaux des finances publiques)

Les préfets peuvent consulter les trésoriers-payeurs généraux, directeurs régionaux ou départementaux des finances publiques sur la légalité des actes de la commande publique qui leur sont transmis. La nécessité de contacts réguliers entre le préfet et le trésorier-payeur général ou le directeur en matière de contrôle de légalité a d'ailleurs été réaffirmée par les circulaires NOR INT B 9300170C du 29 juillet 1993, n° CD 3943 du 23 novembre 1993 et NOR/INT/B/00 00037/C du 23 février 2000.

3.1.3 Le rôle de conseil au profit des ordonnateurs pour prévenir les difficultés

Les élus locaux ont parfois la perception d'une instabilité juridique croissante. Dans ce contexte, l'information et le conseil qui leur sont apportés, notamment par les comptables publics, revêtent une importance toute particulière. Ces derniers sont, en effet, des interlocuteurs proches et réguliers des élus locaux et peuvent leur apporter une expertise technique sur les mesures qu'ils envisagent. Cette aide ne se substitue pas à la mission de conseil et de contrôle des actes des collectivités territoriales assurée par les préfets.

3.2. L'action des services chargés de la veille concurrentielle dans la commande publique.

Un volet essentiel de la politique de la concurrence dévolu aux services de l'État est la veille concurrentielle dans la commande publique. Elle est mise en œuvre par les directions départementales interministérielles (DDCSPP et DDPP). Selon les dispositions du décret n° 2009-1484 du 3 décembre 2009, ces dernières veillent à l'égalité d'accès à la commande publique et concourent à la surveillance du bon fonctionnement des marchés.

ANNEXE (suite)

La relation développée entre les acheteurs publics et ces services spécialisés permet une détection efficace des indices de pratiques anticoncurrentielles qui peuvent ensuite justifier l'ouverture d'une enquête approfondie. Ces pratiques mises en œuvre par les entreprises sont préjudiciables car elles ont souvent pour conséquence de majorer de manière artificielle le prix payé par l'acheteur public (le surcoût estimé est généralement compris entre 15 % et 30%).

Ces pratiques sont également préjudiciables pour les entreprises évincées de l'accès à la commande publique. Bien souvent, ces pratiques anticoncurrentielles sont favorisées par des règlements de consultation ou des cahiers des clauses techniques discriminatoires.

Forts de leur connaissance du fonctionnement des marchés, ces services spécialisés peuvent contribuer à faire échec aux procédures discriminatoires en alertant l'ensemble des autres services de l'Etat intervenant auprès des acheteurs publics sur les différents points critiques susceptibles de favoriser des comportements illicites d'entreprises en matière de commande publique.

4- Les procédures préalables et consécutives au contrôle de légalité

4.1 LES PROCÉDURES PRÉALABLES

4.1.1 Le conseil et la lettre d'observations

En amont de tout contrôle de légalité, les services préfectoraux peuvent être sollicités pour apporter des conseils juridiques aux acheteurs publics locaux. Vous êtes encouragés à approfondir cette dimension de « conseil », en particulier à l'endroit des collectivités territoriales de petite ou moyenne taille.

Lorsque le préfet reçoit un acte pris par une collectivité locale qui semble illégal, il peut, lorsqu'il estime qu'un recours contentieux n'est pas immédiatement nécessaire, adresser dans un premier temps une « lettre d'observations » dans laquelle il informe l'autorité locale des irrégularités dont son acte paraît entaché. Pour que ces observations aient effectivement le caractère d'un recours gracieux, et interrompent donc le délai de recours contentieux, il faut que la lettre du préfet attirant l'attention de l'autorité locale sur les irrégularités dont son acte paraît entaché comporte explicitement une demande de le retirer, de l'abroger ou de le réformer.

4.1.2. Les demandes d'avis à la chambre régionale des comptes et au tribunal administratif

Votre attention est appelée sur la possibilité ouverte aux préfets de solliciter l'avis de la chambre régionale des comptes en matière de commande publique. Elle formule ses observations dans le délai d'un mois, délai compatible avec les délais du contrôle de légalité (articles L. 234-1, 234-2 du code de justice financière et L. 1411-18 du CGCT).

Les chambres régionales des comptes ont, en effet, acquis une connaissance approfondie des pratiques des collectivités territoriales et des entreprises intervenant dans certains secteurs économiques.

De même, l'avis du tribunal administratif pourra être sollicité sur toute difficulté juridique relative à l'appréciation du fondement ou de la portée d'un contrat de commande publique (article R. 212-1 du CJA).

4.2 LA SUITE CONTENTIEUSE POUVANT ÊTRE DONNÉE AU CONTRÔLE DE LÉGALITÉ

Les textes ouvrent au préfet une gamme diversifiée d'instruments juridiques. Il convient de les utiliser dans un esprit d'effectivité notamment en utilisant ceux qui permettent d'obtenir des résultats rapides avant que l'acte illégal n'ait eu des conséquences irréversibles.

ANNEXE (suite)

4.2.1. Le référé précontractuel

Le référé précontractuel permet au préfet, ainsi qu'aux candidats écartés, de saisir le juge administratif avant la signature d'un marché public, d'une délégation de service public, d'un contrat de partenariat[10], lorsqu'il estime que les règles de publicité et de mise en concurrence n'ont pas été respectées.

L'article 80 du code des marchés publics pour les marchés publics passés selon une procédure formalisée, l'article R.1411-2-1 du CGCT pour les DSP et d'autres dispositions similaires concernant d'autres contrats, prévoient que la personne publique doit informer les candidats évincés de sa décision de rejet de leur candidature ou de leur offre, en leur indiquant les motifs de ce rejet (soit par une notification pour les marchés publics et les contrats de partenariat, soit par une publication pour les DSP notamment). A compter de cette information, le contrat ne peut pas être signé pendant un délai, dit de « *standstill* », de 16 jours (ou de 11 jours en cas de transmission électronique de la notification) pour les marchés publics et les contrats de partenariat ou 11 jours pour les délégations de service public.

Si, dans cette période, un recours est envisagé par le préfet ou un concurrent, le contrat ne pourra être signé à compter de la saisine du tribunal administratif et jusqu'à la notification au pouvoir adjudicateur de la décision juridictionnelle. Ainsi, l'introduction d'un référé précontractuel entraîne automatiquement la suspension de la signature du marché. Le délai imparti au juge pour statuer est de 20 jours.

Afin de porter ce recours à la connaissance de la personne publique et d'empêcher la signature du contrat, le représentant de l'Etat ou l'auteur du recours est tenu de notifier son recours au pouvoir adjudicateur. Cette notification doit être faite en même temps que le dépôt du recours et selon les mêmes modalités. Elle est réputée accomplie à la date de sa réception par le pouvoir adjudicateur (article R. 551-1 du CJA).

Le président du tribunal administratif peut enjoindre à l'auteur du manquement de se conformer aux obligations légales ou réglementaires, de supprimer des clauses ou prescriptions qui méconnaissent ces obligations, voire de suspendre la passation du contrat et l'exécution de toute décision qui s'y rapporte.

La décision du tribunal administratif est susceptible d'un pourvoi en cassation (article R. 551-6 du CJA).

4.2.2 Le déféré préfectoral et le pouvoir d'évocation

Lorsqu'une irrégularité grave est constatée et si la procédure précontentieuse (lettre d'observation ayant valeur de recours gracieux) n'a pas conduit l'acheteur public à reprendre sa procédure, il appartient au préfet de déférer au tribunal administratif les contrats litigieux.

Il convient à cet égard de rappeler que la responsabilité de l'Etat peut être engagée pour faute lourde, en cas de carence prolongée du contrôle de légalité (CE, 6 octobre 2000, *commune de Saint-Florent*). Cela étant, il s'est posé la question de savoir, dans plusieurs contentieux, si le comportement fautif, voire frauduleux de la collectivité était de nature à exonérer le préfet en cas de faute lourde.

La jurisprudence ne semble pas à ce sujet complètement stabilisée. En effet, dans une espèce, le juge administratif a considéré que le comportement « sciemment fautif » de la collectivité dans le cadre du contrôle de légalité n'était pas de nature à exonérer l'Etat de sa responsabilité dans l'exercice du contrôle administratif (CAA de Marseille, 15 avril 2009, SIVOM Cinarca Liamone).

En revanche, dans une autre espèce, le juge administratif a considéré que lorsque le préjudice financier invoqué par un syndicat mixte était la conséquence directe d'illégalités commises par les dirigeants du syndicat, ce syndicat ne pouvait utilement se prévaloir des fautes lourdes que le représentant de l'Etat aurait commises dans l'exercice du contrôle de légalité et du contrôle budgétaire (CAA de Nantes, 27 octobre 2009, Ministère de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales c/SITREVA).

Il vous est également rappelé que les dispositions du 2ème alinéa de l'article L. 2131-3 du CGCT vous permettent, si une raison particulière le justifie, en fonction du contexte local, de demander communication de tout acte de commande publique non soumis à l'obligation de transmission (d'un montant inférieur à 193 000 euros HT).

---

[10] Cf. article L551-1 du code de justice administrative.

ANNEXE (suite)

Pour les actes soumis à l'obligation de transmission (actes mentionnés à l'article L. 2131-2 du CGCT), vous disposez d'un délai de deux mois à compter de la réception de ces actes pour déférer ceux que vous estimez contraires à la légalité. La demande doit être présentée dans le délai de deux mois qui suit l'acquisition du caractère exécutoire de l'acte, c'est-à-dire à compter de la réception des documents soumis à votre contrôle pour les actes soumis à l'obligation de transmission.

Pour les actes non soumis à l'obligation de transmission, vous disposez d'un délai de deux mois à compter de leurs communications pour les déférer éventuellement au tribunal administratif. Le déféré n'est cependant possible que si la demande de communication a été présentée dans le délai de deux mois à compter de la date à laquelle les actes sont devenus exécutoires (article L. 2131-3 du CGCT).

4.2.3 Le déféré préfectoral avec demande de suspension

Après la signature du contrat, s'il estime qu'il existe un doute sérieux sur sa légalité, le préfet peut demander au président du tribunal administratif la suspension de celui-ci.

Cette demande, qui doit s'accompagner d'un déféré tendant à l'annulation du contrat, entraîne la suspension automatique du contrat si la demande est déposée dans le délai de 10 jours qui suit la réception du contrat. Si le juge des référés n'a pas statué dans le délai d'un mois, le contrat redevient exécutoire (articles L. 554-2 du CJA et L. 2131-6 du CGCT).

La demande de suspension peut être déposée au-delà du délai de 10 jours, mais en ce cas elle n'entraîne pas de suspension automatique de l'acte.

Cette procédure particulière fait exception au principe du caractère non suspensif du recours en référé. Elle permet d'éviter les inconvénients liés à un commencement d'exécution du contrat.

Votre attention est appelée sur la nécessité qui s'attache, chaque fois que cela est possible, à la mise en œuvre de ces procédures d'urgence dans l'intérêt d'une bonne gestion des deniers publics.

4.2.4 Le référé contractuel

Vous disposez, depuis le 1er décembre 2009, d'un nouvel outil : le référé contractuel. Vous pouvez demander l'annulation du contrat, sa résiliation, la réduction de sa durée ou une sanction financière. A l'instar du référé précontractuel, cette procédure ne peut porter que sur des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence par l'autorité adjudicatrice.

Dans le cadre des procédures formalisées, et conformément à l'article R. 551-7 du CJA, la juridiction peut être saisie au plus tard le trente et unième jour suivant la publication d'un avis d'attribution du contrat ou, pour les marchés fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique, suivant la notification de la conclusion du contrat. Dans le cadre des procédures non formalisées, un tel avis d'attribution étant facultatif, le délai du référé contractuel est fonction de l'accomplissement ou non de cette formalité. Si le pouvoir adjudicateur publie un avis d'attribution, le délai du référé contractuel est de trente et un jours. En revanche, s'il ne publie pas un tel avis, la juridiction peut être saisie jusqu'à l'expiration d'un délai de six mois à compter du lendemain du jour de la conclusion du contrat.

L'avantage de cette procédure est la rapidité de son traitement par le juge administratif, qui dispose d'un délai d'un mois pour se prononcer sur le fond de l'affaire (article R.551-9 du CJA). Le juge du tribunal administratif statue en premier et dernier ressort et sa décision est susceptible d'un pourvoi en cassation auprès du Conseil d'Etat.

Le préfet qui a déjà saisi le juge du référé précontractuel ne peut introduire un référé contractuel, sauf si l'acheteur n'a pas respecté la suspension de signature liée à l'exercice du référé précontractuel (voir *supra*, 4.2.1) ou ne s'est pas conformé à la décision du juge du référé précontractuel.

ANNEXE (suite)

4.2.5. Les conséquences d'une annulation par le juge administratif

L'annulation d'un contrat entraîne sa disparition dès son origine (portée rétroactive). Il est réputé n'avoir jamais été conclu, n'avoir jamais produit d'effet juridique et n'avoir jamais fait naître d'obligation à l'égard des contractants.

L'anéantissement de l'acte annulé entraîne l'obligation pour les parties de se restituer respectivement ce qu'elles ont reçu en vertu du contrat. L'acheteur public est alors fondé à réclamer à l'entreprise le reversement des sommes déjà versées en répétition de l'indu.

En revanche, les prestations déjà effectuées par l'entreprise sur la base du contrat qui était entaché d'illégalité doivent être indemnisées sur le terrain de l'enrichissement sans cause.

La détermination de ces reversements peut relever :

- soit d'une procédure amiable au moyen d'une transaction conformément à l'article 2044 du code civil (voir 4.3) ;
- soit d'une procédure contentieuse à l'issue de laquelle le juge administratif détermine le montant des sommes à verser dans le cadre d'un recours de plein contentieux introduit par l'un des anciens cocontractants.

A cet effet, il est rappelé que le préfet, lors de la saisine du juge, peut demander à moduler les effets de l'annulation du contrat (afin d'en limiter le caractère rétroactif : CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC !*, n° 255 886).

4.2.6. La détection d'infractions pénales

Si, à l'occasion de la passation de contrats de la commande publique, des faits susceptibles de constituer des infractions pénales (favoritisme, prise illégale d'intérêts, faux en écriture, travail illégal, corruption) parviennent à votre connaissance, il vous appartient, en application de l'article 40 alinéa 2 du code de procédure pénale, de transmettre les informations dont vous disposez au procureur de la République.

La cour de discipline budgétaire et financière, qui juge les fonctionnaires en cas de faute ou de négligence graves, peut également être saisie en cas d'infraction aux règles d'exécution de la dépense et notamment lorsque ces fonctionnaires ont procuré ou tenté de procurer, dans l'exercice de leurs fonctions, en méconnaissance de leurs obligations, des avantages injustifiés à autrui.

Ainsi, toute violation par les justiciables de cette juridiction des règles relatives à l'exécution des recettes et des dépenses de l'Etat et des collectivités, établissements ou organismes bénéficiant de financements ou de fonds publics, est passible d'amende.

4.3. LES PROCÉDURES OUVERTES AUX COCONTRACTANTS : LA TRANSACTION ET LE RÉFÉRÉ-PROVISION

a) La transaction est définie par l'article 2044 du Code civil comme « *un contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître.* » La transaction ne doit pas être utilisée comme un mode courant de gestion appelé à faire office de marchés ou d'avenants de régularisation, ces derniers étant à proscrire. La transaction suppose des concessions réciproques, réelles et sincères entre les parties.

Les conventions relatives aux transactions sont transmises au contrôle de légalité si les contrats auxquels elles s'attachent sont eux-mêmes transmissibles au sens des articles L. 2131-2, L. 3131-2 et L. 4141-2 du CGCT.

b) Le référé provision est codifié aux articles R 541-1 à R 541-6 du code de justice administrative. L'article R 541-1 permet au juge des référés d'accorder une indemnité au créancier d'une personne publique qui se prévaut d'une obligation, lorsque cette obligation n'est pas sérieusement contestable. L'objet de ce référé provision est de permettre le versement rapide d'une provision, assortie le cas échéant d'une garantie.

ANNEXE (suite)

Une fiche en annexe détaille les procédures de transaction et de référé-provision. La circulaire du Premier ministre du 6 février 1995 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits (JO du 15 février 1995) a encouragé la conclusion des transactions pour une meilleure satisfaction des intérêts publics. Elles facilitent un règlement rapide et amiable des différends, elles permettent une gestion économe des deniers publics et allègent la charge de travail des juridictions. La circulaire des Ministres chargés du budget et de l'économie, du 7 septembre 2009, présente les règles qui régissent la conclusion et l'exécution des transactions en matière de contrats de la commande publique (NOR: ECEM0917498C - JO du 18/09/2009). Les services sont invités à s'y reporter.

*

*   *

Nous comptons sur votre implication personnelle, ainsi que celle de vos collaborateurs, pour la mise en œuvre de ces instructions dans ce domaine majeur du contrôle de légalité. Il conviendra notamment de prévoir les modalités d'organisation adaptées au sein de vos services pour sa bonne mise en œuvre, y compris au moyen de la création d'une équipe de spécialistes en matière de commande publique. Des actions de formation à destination de ces équipes seront également à prévoir.

Nous vous remercions de bien vouloir faire part, avant le 1er juillet 2010, des mesures que vous avez localement mises en œuvre en application de la présente instruction, du plan départemental de contrôle que vous aurez établi, ainsi que des éventuelles difficultés d'application de la présente circulaire.

LE MINISTRE DE L'INTERIEUR, DE L'OUTRE-MER ET DES COLLECTIVITES TERRITORIALES	LA MINISTRE DE L'ECONOMIE, DE L'INDUSTRIE ET DE L'EMPLOI	LE MINISTRE DU BUDGET, DES COMPTES PUBLICS ET DE LA REFORME DE L'ETAT	LE SECRETAIRE D'ETAT A L'INTERIEUR ET AUX COLLECTIVITES TERRITORIALES
Brice HORTEFEUX	Christine LAGARDE	François BAROIN	Alain MARLEIX

ANNEXE (suite)

Annexe n°1 : Schéma de vérification des actes

Avant de procéder à la vérification, il convient de bien identifier le type de contrat soumis au contrôle (marché public, délégation de service public, contrat de partenariat, bail emphytéotique administratif).

Les numéros de fiches sont donnés à titre indicatif

1. **Contrôle des caractéristiques du contrat** :

- marché public, délégation de service public, contrat de partenariat, bail emphytéotique administratif ? (fiche action numéro 1)
- groupement de commandes ?



2. **Contrôle de la compétence**

- de la collectivité ;
- du signataire de l'acte (fiche action numéro 2) :
  - existence d'une délibération de délégation de pouvoirs partielle/complète ;
  - délibération en vue de l'attribution du marché



3. **Contrôle de la procédure**

- rapport de présentation (fiche action numéro 3) :
  - pour un marché, établi selon les conditions prévues à l'art. 79 du CMP ?
  - pour une DSP ou un contrat de partenariat, respect des procédures préalables à la délibération (fiche action numéro 4).
  - cohérent avec le besoin défini par la collectivité (fiche action numéro 5) ?
  - montant estimé coïncide avec le montant final ?
  - marché de maîtrise d'œuvre ? (fiche action numéro 6)
- Caractéristiques du contrat (fiche action numéro 7) :
  - autorisation de variantes ?
  - options
  - modalités de fixation du prix
  - pour un marché, marché alloti ?
  - durée du marché ? accord-cadre ? bons de commande ?
  - procédure choisie correcte par rapport au montant du marché ?

ANNEXE (suite)

4. **Contrôle de la mise en concurrence** (fiche action numéro 8)
- publicité (fiche action numéro 9) :
  - délai de publication
  - publication des caractéristiques du marché et des critères de choix

- lettre de consultation, le cas échéant
- règlement de la consultation, le cas échéant



5. **Contrôle de l'examen des offres** (fiche action numéro 10)
- critères de choix :
  - prix
  - offre économiquement la plus avantageuse – pondération des critères
- contrôle des pièces constitutives (fiche action numéro 11)
  - vérification des mentions obligatoires (art. 12-I du CMP)
  - vérification de la date de signature de l'offre par rapport à la lettre de consultation
  - CCAP, CCTP



6. **Contrôle de la saisine des commissions et des procédures de dialogue**
- CAO, le cas échéant (fiche action numéro 12)
  - composition
  - convocation des membres
  - quorum
  - émargement du procès verbal
- dialogue compétitif, le cas échéant
- jury de concours, le cas échéant



7. **Contrôle de l' « après attribution »**
- publicité de l'attribution
- avances (fiche action numéro 13)

procédures entre cocontractants : transaction et référé-provision (fiche action numéro 14)

ANNEXE (suite)

Annexe n°2 : Fiches pratiques

Fiche n° 1 - Présentation des principaux contrats de la commande publique

La présente circulaire porte sur les contrats qui suivent :

1. Marchés publics

Au sens de l'article 1er du code des marchés publics (CMP), « *les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services* ».

Ils sont également encadrés par le droit communautaire. Certains contrats sont, en raison de leur objet ou de la qualité des cocontractants, exclus du champ d'application des règles des marchés publics, à l'instar des contrats dits « in house » ou de certains contrats d'emprunt.

> Remarque : l'article 3-5° prévoit que sont exclus du champ d'application du CMP les "*Accords-cadres et marchés de services financiers relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente et au transfert de titres ou d'autres instruments financiers et à des opérations d'approvisionnement en argent ou en capital des pouvoirs adjudicateurs, sous réserve des dispositions du 3°*". Cette exception s'interprète strictement : ainsi, seuls les contrats ayant pour **objet exclusif** les prestations mentionnées au 3-5° sont exclus. Il est donc obligatoire d'appliquer le CMP à un contrat dit « global », c'est à dire, affecté à la fois à l'acquisition d'un bien et à la réalisation d'une opération mentionnée à l'article 3-5°.

Pour aider les acheteurs, des documents type sont proposés pour chaque type de marché : les cahiers des clauses administratives générales dits CCAG, (CCAG Travaux, CCAG fournitures courantes et services…).

La distinction entre le marché public et la DSP n'est pas toujours aisée et repose sur la jurisprudence. L'examen doit en premier lieu porter sur l'objet du contrat. En effet, les difficultés de qualification des contrats ne concernent ni les marchés de fournitures, ni les marchés de travaux qui n'entraînent pas d'exploitation de l'ouvrage objet du marché de travaux.

Par ailleurs, il convient de retenir les critères de distinction suivants :

- le risque d'exploitation : lorsque ce risque est porté par la personne publique, le contrat est qualifié de marché public. Cette responsabilité porte sur tous les éléments du risque : juridique, financier, économique….;

- la rémunération du cocontractant : là encore, c'est la notion de risque qui permet la distinction. Il importe de savoir qui assume le risque financier de l'opération : si le prestataire n'est pas substantiellement rémunéré par le résultat de l'exploitation mais par la personne publique, le contrat est qualifié de marché public. En revanche, si la rémunération provient de redevances payées par l'usager, le contrat est qualifié de DSP. L'objectif est de faire peser le risque financier sur le prestataire dans le cadre d'une DSP et sur la personne publique dans le cadre d'un marché public. A titre d'exemple, un contrat en matière de transports scolaires sera regardé comme une DSP si la rémunération du prestataire est substantiellement liée à la fréquentation du service (CE, 7 novembre 2008, *Département de la Vendée*, n° 291794), ou, en matière de cantines scolaires, si la fréquentation est susceptible de varier dans des proportions telles que le prestataire puisse être regardé comme assumant un réel risque d'exploitation (CE, 5 juin 2009, *Société Avenance-Enseignement et Santé*, n° 298641).

Par ailleurs, la notion de service public n'est pas opérante dans la qualification du marché public : si l'opération doit ressortir de la compétence du pouvoir adjudicateur, elle n'a cependant pas, au contraire de ce qui est de rigueur pour une DSP, à revêtir un caractère de service public.

ANNEXE (suite)

Comme l'a précisé le Conseil d'Etat dans son rapport de 2007, les marchés publics ont pour objet de procurer aux collectivités publiques les moyens d'assurer l'exécution des services publics dont elles ont la charge. En revanche, le contrat - nommé ou innomé – par lequel un entrepreneur est chargé de l'exécution même du service public n'est pas un marché public et, par suite, n'est pas soumis au code des marchés publics.

Cependant, pour confier la gestion d'un service public, le recours au marché public de service n'est pas exclu. Dans ce cas, le contrat sera un marché public qualifié de contrat de gérance.

2. L'accord-cadre

En application de l'article 1er du CMP : « *Les accords-cadres sont les contrats conclus entre un des pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économiques publics ou privés, ayant pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées.* »

Il ne s'agit pas d'un marché public. L'accord-cadre peut être mono-attributaire ou pluri-attributaire. Il est conclu pour 4 ans et donne généralement lieu à la passation de marchés dits « subséquents ».

L'objectif est de constituer un vivier d'offres à partir d'une procédure de passation de type appel d'offres lorsque les seuils de procédure formalisée sont dépassés ou lorsque aucun minimum n'est prévu. Sous les seuils de formalisation, la procédure peut être celle d'un marché passé selon une procédure adaptée ou tout autre laissée à la discrétion du pouvoir adjudicateur. Les entreprises attributaires seront ensuite choisies au terme d'une procédure de concurrence allégée, pour exécuter une prestation définie par l'accord-cadre.

3. La délégation de service public (DSP)

La **délégation de service public,** prévue aux articles L. 1411-1 et suivants du CGCT est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé dont la rémunération est substantiellement liée au résultat de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service. La notion de DSP a été progressivement définie par la jurisprudence. Le Conseil d'Etat a précisé que la DSP se caractérisait :

- par « **son objet, portant sur l'exécution du service public** », étant précisé que si ce service public doit pouvoir être délégué, en revanche, les actes afférents à l'organisation même du service public ne peuvent pas faire l'objet d'une délégation ;

- par le « **mode de rémunération du cocontractant** de l'administration »[1], cette rémunération devant être « **substantiellement assurée par le résultat de l'exploitation du service**[2] ».

Ceci suppose que le délégataire assume une part plus ou moins importante du **risque d'exploitation**[3]. En tout état de cause, il le supporte « substantiellement ».

Les critères de la DSP :

- Existence d'un service public : Le législateur qualifie parfois certains services de service public.

A défaut, la prise en compte de l'intérêt local ou la réalisation d'une mission d'intérêt général ne constituent pas des éléments suffisants pour définir un service public. Doivent également exister une certaine dépendance à l'égard de la personne publique (contrôle de la personne privée de la part de la personne publique) et un régime juridique exorbitant (prérogatives de puissance publique/contrat administratif).

---

[1] Conseil d'Etat 22 mars 2000, Epoux Lasaulce.

[2] CE, 15 avril 1996, Préfet des Bouches-du-Rhône et 30 juin 1999, SMITOM Centre-Ouest seine-et-marnais.

[3] Conseil d'Etat, 15 juin 1994, Syndicat intercommunal des transports publics de la région de DOUAI et conclusions du commissaire du gouvernement sous l'arrêt SMITOM précité.

ANNEXE (suite)

Dans une décision du 5 octobre 2007, *Société UGC-Ciné-cité*, le Conseil d'Etat a défini la notion de service public. Une activité est considérée comme un service public en cas :

- d'habilitation législative, ou,

- de mission d'intérêt général + contrôle de l'administration + prérogatives de puissance publique, ou

- de mission revêtant, pour la personne publique, un intérêt général fort + conditions de création, d'organisation et de fonctionnement particulières + objectifs fixés par la personne publique + contrôle par la personne publique de ces objectifs.

Hormis ces cas, une activité, même d'intérêt général, ne saurait être qualifiée de service public pouvant faire l'objet d'une délégation.

- Possibilité de déléguer le service public :

Ne peuvent être délégués : les pouvoirs de police du maire, les soins médicaux pour un établissement public de santé. D'une manière générale, les actes afférents à l'organisation même du service public ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'une délégation.

Dans un avis du 7 octobre 1986, le Conseil d'État a indiqué que « *le caractère administratif d'un service public n'interdit pas à la collectivité territoriale compétente d'en confier l'exécution à des personnes privées, sous réserve toutefois que le service ne soit pas au nombre de ceux qui, par leur nature ou par la volonté du législateur, ne peuvent être assurés que par la collectivité territoriale elle-même.*
En ce qui concerne le service des cantines scolaires, sur lequel le secrétaire d'État appelle plus particulièrement l'attention du Conseil, les communes ne peuvent confier à des personnes privées que la fourniture ou la préparation des repas, à l'exclusion des missions qui relèvent du service de l'enseignement public et, notamment, de la surveillance des élèves ».

L'analyse de la jurisprudence montre qu'il est difficile de donner une définition de la notion d'activité qui ne peut être déléguée par nature.

Domaines d'activité les plus courants : ports, autoroutes, traitement des déchets (art. L. 2224-13 du CGCT), distribution de l'eau (art. L. 2224-5 du CGCT) et assainissement (art. L. 2224-7), parcs de stationnement, halles et marchés, restauration scolaire…

Pour les collectivités locales, l'assemblée délibérante doit autoriser le maire à déléguer un service public. (L. 1411-4 du CGCT).

Il doit exister une relation contractuelle entre l'usager du service public et le délégataire : enlèvement des ordures ménagères, abonnement au service de distribution d'eau potable, droit d'entrée à la piscine…

Le contrat qui lie la personne privée au délégataire est de droit privé : il est donc soumis au juge judiciaire (sauf au cas où le délégataire est une personne morale de droit public).

- Rémunération du délégataire substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation du service.

Le délégataire assume le risque d'exploitation du service. En effet, il ressort des conclusions des commissaires du gouvernement, dans différentes affaires, que ce qui caractérise le mieux la DSP au regard du marché public, c'est le risque d'exploitation qui doit être assumé par le délégataire (dans le cas où il est assumé par la personne publique, il s'agira, le plus souvent, d'un marché public).

Or, pour mesurer la part du risque assumé par le délégataire, le critère le plus facilement analysable semble être le risque financier. **On considère que le délégataire supporte le risque financier lorsque les résultats qu'il envisage de percevoir lui permettront avant tout d'assurer l'équilibre financier et, à terme, le maintien du contrat pour des impératifs de continuité du service public.**

C'est d'ailleurs ce qu'a rappelé le Conseil d'Etat le 7 novembre 2008 en considérant que, si la rémunération du cocontractant n'est pas liée substantiellement aux résultats de l'exploitation du service, ce qui implique qu'il prenne en charge « *une part significative du risque d'exploitation* », le contrat doit être qualifié de marché public[4].

Il existe plusieurs types de DSP : la concession[5], l'affermage et la régie intéressée.

---

[4] CE, 7/11/2008, n° 291794, Département de la Vendée.

[5] Hors concessions de travaux publics prévues par l'article L. 1415-1 et suivants du CGCT (voir point 1 de la présente circulaire).

ANNEXE (suite)

4. Le contrat de partenariat

Le contrat de partenariat est un contrat administratif, global, de longue durée, qui repose sur un partage contractuel et, en principe, équilibré, des risques et des responsabilités entre les partenaires.

Les dispositions applicables sont définies par l'ordonnance du 17 juin 2004, prise en application de l'article 6 de la loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit. Ces dispositions ont été modifiées par la loi du 28 juillet 2008 et par la loi du 17 février 2009.

Le contrat de partenariat permet aux personnes publiques de rémunérer un tiers chargé d'une mission globale : il finance les investissements, réalise la construction/transformation des ouvrages, entretient et assure la maintenance et l'exploitation desdits ouvrages. Il peut être chargé de tout ou partie de la conception de l'ouvrage. Dans certains cas, il peut être chargé de gérer l'équipement nécessaire au service public. Le cas échéant, il peut aussi exécuter d'autres prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée. La rémunération du tiers est étalée sur toute la durée du contrat. Le recours au contrat de partenariat doit faire l'objet d'une évaluation préalable. Par ailleurs, l'assemblée délibérante de la collectivité locale doit se prononcer sur le principe même de ce recours au regard de cette évaluation.

Afin de satisfaire aux exigences constitutionnelles, le contrat de partenariat ne peut être mis en œuvre que dans le cadre d'une opération complexe ou urgente ou lorsqu'il est démontré que le recours à ce montage est plus avantageux que d'autres types de contrats de la commande publique.

Une opération est complexe lorsque la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques répondant à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet.

Une opération est urgente lorsqu'il s'agit de rattraper un retard préjudiciable à l'intérêt général affectant la réalisation d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission de service public ou de faire face à une situation imprévisible. Il importe à ce titre de noter que le Conseil d'Etat, dans sa décision du 29 octobre 2004, *M. Sueur et autres* (n° 269814), considère que l'urgence résulte « objectivement, dans un secteur ou une zone géographique déterminé, de la nécessité de rattraper un retard particulièrement grave affectant la réalisation d'équipements collectifs ».

Compte tenu soit des caractéristiques du projet, soit des exigences du service public dont la personne publique est chargée, soit des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, il est possible de recourir au contrat de partenariat si ce recours présente un bilan entre les avantages et les inconvénients plus favorable que ceux d'autres contrats de la commande publique. Le critère du paiement différé ne saurait à lui seul constituer un avantage.

5. Le bail emphytéotique administratif (BEA)

Selon l'article L. 1311-2 du CGCT, une collectivité territoriale, propriétaire d'un bien immobilier (en général, il s'agit d'un terrain ou d'un immeuble que l'on veut transformer ou réaménager), peut le louer à un tiers par le biais d'un bail emphytéotique administratif (BEA). Celui-ci pourra construire un ouvrage sur le domaine public et, éventuellement, ensuite le louer à la collectivité propriétaire du terrain, le titulaire du bail bénéficiant de droits réels sur l'ouvrage. Cet instrument juridique peut être utilisé par une collectivité, soit pour la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence, soit en vue de l'accomplissement, pour son propre compte, d'une mission de service public. Ce type de contrat se caractérise par une durée comprise entre 18 et 99 ans.

D'autres types de baux emphytéotiques sectoriels ont été mis en place : le bail destiné à répondre aux besoins du culte, de la police, de la justice ou de l'armée (lois sectorielles : LOPSI, LOPJ) ou le bail emphytéotique Hospitalier (ou BEH : il vise à répondre aux besoins immobiliers des établissements publics de santé. Il concerne les EPS (attention : pas en tant que propriétaires du bien qui fait l'objet du BEA mais en tant que titulaires du BEA), les collectivités locales et certaines structures dotées de la personnalité morale, qui voudraient construire des bâtiments ou équipements affectés à l'exercice de leurs missions).

ANNEXE (suite)

Fiche n° 2 - Marchés publics - autorité compétente pour signer le marché

Les codes placés entre crochets correspondent aux réponses rédigées par le pôle interdépartemental d'appui au contrôle de légalité. Ces réponses peuvent être consultées sur le site du pôle http://poledelyon.dgcl.mi

Il convient de s'assurer que le signataire du marché avait bien compétence pour engager la collectivité territoriale. Cette compétence est en principe exercée par l'assemblée délibérante.

1. Signature par l'exécutif local

L'exécutif ne peut signer un marché qu'en vertu d'une délibération de l'assemblée délibérante. Cette délibération peut intervenir avant ou après l'engagement de la procédure.

Trois situations sont susceptibles de se présenter :

A. L'exécutif signe en vertu d'une délibération de l'assemblée délibérante portant acceptation du titulaire et du montant exact du marché (art. L. 2122-21,6° du CGCT) ;

B. L'exécutif signe en vertu d'une autorisation particulière donnée par l'assemblée délibérante avant l'engagement de la procédure (art. L. 2122-21-1 du CGCT) : il convient alors de vérifier que le marché signé couvre effectivement l'étendue des besoins spécifiés initialement et que le montant exact est en rapport avec le montant prévisionnel ;

C. L'exécutif signe en vertu de la délégation qui lui a été consentie par l'assemblée délibérante pour_toute la durée du mandat (art. L. 2122-22, 4° du CGCT) : il y a alors matière à vérifier d'une part que la délégation est précisément délimitée [**LY-2009-0565**] et, d'autre part, que le marché entre bien dans le champ de la délégation consentie à l'exécutif.

Attention : la situation **C** (délégation générique sur les marchés, pour toute la durée du mandat) doit être considérée au regard des modifications introduites par la loi du 17 février 2009. En effet, depuis la publication de cette loi, une délégation peut être consentie à l'exécutif local pour la préparation, la passation, l'exécution et le règlement de tout ou partie des marchés et des accords-cadres à concurrence d'un montant déterminé par la délibération portant délégation. Les délégations consenties antérieurement à la loi du 17 février 2009 sont en revanche limitées aux marchés inférieurs à 206 000 euros HT et aux avenants qui n'entraînent pas une augmentation du montant du contrat initial supérieure à 5% [**LY-2009-0310** et **LY-2009-0460**].

2. Signature par une autre personne que l'exécutif (membres de l'assemblée délibérante, agents responsables des services)

Une subdélégation n'est possible que si elle est autorisée par un texte de niveau adapté.

Pour les régions et les départements, la subdélégation est expressément prévue : elle peut être en faveur d'élus ou en faveur de chefs de services (articles L.3221-13 et L.4231-9 du CGCT).

Pour les communes, vous devez distinguer ces deux cas :

- la subdélégation aux conseillers municipaux est possible, sauf disposition contraire dans la délibération (art. L. 2122-23 du CGCT) ;
- la subdélégation à des responsables des services communaux est possible dès lors que cela est prévu dans la délibération (articles L. 2122-19 et L. 2122-23 du CGCT).

3. Cas particuliers

OPH : le directeur général signe les marchés, passés selon une procédure formalisée ou non, sans y avoir été au préalable autorisé par le conseil d'administration. Concernant les marchés de maîtrise d'œuvre, ceux-ci sont attribués par le conseil d'administration et non par le jury. Le directeur dispose de toute latitude pour valider le choix du conseil d'administration pour signer le marché [**LY-2008-1358**].

ANNEXE (suite)

SDIS : le conseil d'administration est susceptible de consentir une délégation au président pour des marchés à raison de leur procédure de passation (marchés à procédure adaptée) et non à raison de leur montant (art. L. 1424-30 du CGCT) [**LY-2009-0571**].

Régies municipales : Les régies dotées de la personnalité morale et de l'autonomie financière ont le statut d'établissement public local et disposent d'un statut particulier défini par l'art. R. 2221-24 du CGCT. Pour les régies dotées de la seule autonomie financière, les dispositions de l'article L. 2122-22, 4° trouvent seules à s'appliquer (situation **C** décrite ci-dessus) [**LY-2009-0594**].

4. Fin de la délégation

L'assemblée délibérante dispose de la faculté de rapporter la délibération à tout moment.

En cas d'empêchement de l'exécutif, les compétences déléguées reviennent de plein droit à l'assemblée délibérante, sauf si la délibération portant délégation en dispose autrement (selon l'article L. 2122-23 CGCT) [**LY-2009-0601**].

ANNEXE (suite)

Fiche n° 3 - Les différentes procédures de passation

Les procédures décrites dans le code des marchés publics sont appliquées en fonction du type de marché public (services, fournitures ou travaux), du montant prévu du marché, le cas échéant de ses caractéristiques techniques (matières premières, recherche…) ou des contingences (urgence impérieuse, marché infructueux). Les articles mentionnés dans le tableau ci-dessous se rapportent au code des marchés publics.

	Toute prestation	**Services**	**Fournitures**	**Travaux**
APPEL D'OFFRES (art. 33)		Montant > 193 000 €	Montant > 193 000 €	Montant > 4 845 000 €
DIALOGUE COMPETITIF	Dialogue dans certains cas (art. 36)			(Certains cas) Dialogue compétitif (art. 36) Conception réalisation (art. 37)
PROCEDURE ADAPTEE (art. 28) sans publicité sans concurrence	< 4 000 €			
PROCEDURE ADAPTEE (40-III) avec publicité formalisée obligatoire		> 90 000 € < 193 000 €	> 90 000 € < 193 000 €	> 90 000 € < 4 845 000 €
PROCEDURE NEGOCIEE avec publicité et concurrence	Art. 35-I-I° - AO Infructueux Art. 35-I-4° - Nature ou aléas exceptionnels Impossibilité fixation prix	Art. 35-I-2° Spécifications ne pouvant être établies		Art. 35-I-3° - contrats conclus exclusivement à des fins de recherche, d'essai…
PROCEDURE NEGOCIEE sans publicité sans concurrence	Art. 35-I-I° - Urgence impérieuse Art. 35-II-3° - Certains cas d'AO infructueux Art. 35-II-8° - Prestataire déterminé	Art. 35-II-5° - marches complémentaires Art. 35-II-6° - marchés identiques Art. 35-II-7° Concours	Art. 35-II-2° Recherches, Essais Art. 35-II-4° a) marchés complémentaires Art. 35-II-9° Achats de matières premières en bourse Art. 35-II-10° Achats « faillitaires »	Art. 35-II-5° - marchés complémentaires Art. 35-II-6° - marchés identiques

ANNEXE (suite)

Fiche n° 4 - DSP et contrats de partenariat – préalables à la délibération lançant la procédure

Ces contrats doivent avoir fait l'objet d'un rapport avant le lancement de la procédure de passation.

1. Délégations de service public

Avant de lancer la procédure, l'assemblée délibérante doit avoir recueilli les avis, sur le projet de DSP, du comité technique paritaire, si la collectivité territoriale en dispose, et de la commission consultative des services publics locaux (article L. 1411-4 du CGCT). Ces avis sont présentés sous la forme d'un rapport écrit, déposé par le maire ou le président de l'assemblée délibérante.

Le rapport, outil d'aide au choix du mode de gestion, présente les caractéristiques des prestations que le délégataire devra assurer. En particulier, le rapport contient le bilan des avantages et inconvénients de la gestion directe ou déléguée, en fonction des différents paramètres (financiers, politiques, administratifs, techniques) du projet.

Il vous convient de vérifier :

- la présence du rapport ;
- que le rapport contient une étude globale du projet ;
- que le rapport a bien été conclu avant la délibération lançant la procédure.

2. Contrats de partenariat

Comme pour les DSP, la délibération lançant la procédure a pour préalable la remise à l'assemblée délibérante d'un rapport sur le projet de contrat dans sa globalité. Ce rapport, qui détaille le projet au vu des trois critères d'éligibilité d'un contrat de partenariat (urgence, complexité, bilan avantages-inconvénients favorable), contient :

- le préprogramme fonctionnel élaboré par la collectivité territoriale ;
- l'avis simple de la commission consultative des services publics locaux.

ANNEXE (suite)

Fiche n° 5 - Définition des besoins à satisfaire par le pouvoir adjudicateur

La présente fiche indique les modalités de définition des besoins, sachant que celle-ci doit être la plus précise possible.

1. Marchés publics

Vous devez vérifier que les besoins du pouvoir adjudicateur ont été définis avec précision (article 5 du CMP) : exigence d'un formulation précise.

Cas particulier des marchés à catalogues

La pratique du renvoi global à des catalogues de fournisseurs est interdite en matière de marchés de fournitures. Le renvoi au catalogue fournisseurs n'est possible que dans la seule mesure où certaines rubriques ou subdivisions de catalogues correspondent parfaitement aux besoins de l'acheteur public formulé par celui ci dans son dossier de consultation.

L'acte d'engagement doit en règle générale mentionner le total du prix du marché. Pour les marchés de fournitures le montant initial du marché est le produit de ces prix par les quantités prévues dans le détail estimatif annexé à l'acte d'engagement. En effet quand les prix prennent la forme d'une liste, l'acte d'engagement renvoi à une annexe financière.

En l'absence de bordereau des prix l'analyse des offres devra se faire sur la base de la référence au catalogue qui est alors une pièce contractuelle. L'acte d'engagement mentionnant le rabais accordé sur le catalogue ou partie de catalogue.

2. DSP et contrats de partenariat

Pour ces contrats, les besoins définis par le délégant ou le partenaire public doivent avoir été examinés par les commissions consultatives avant toute délibération. Afin de mieux connaître les modalités de contrôle, reportez-vous à la fiche sur les préalables à la délibération.

ANNEXE (suite)

Fiche n° 6 - Contrats de maîtrise d'ouvrage public et de maîtrise d'œuvre

Compte tenu de la complexité de ces contrats, il importe de dégager leurs principaux éléments devant faire l'objet d'un contrôle : mentions obligatoires du contrat, nature des missions confiées au mandataire.

1. Convention de mandat de maîtrise d'ouvrage public (articles 3 et 5 de la loi du 12 juillet 1985 modifiée, dite loi MOP)

Vérification de la présence des mentions obligatoires du contrat (article 5 loi MOP)

- L'ouvrage qui fait l'objet du contrat, les attributions confiées au mandataire, les conditions dans lesquelles le maître de l'ouvrage constate l'achèvement de la mission du mandataire, les modalités de la rémunération de ce dernier, les pénalités qui lui sont applicables en cas de méconnaissance de ses obligations et les conditions dans lesquelles le contrat peut être résilié ;
- Le mode de financement de l'ouvrage ainsi que les conditions dans lesquelles le maître de l'ouvrage fera l'avance de fonds nécessaires à l'accomplissement du contrat ou remboursera les dépenses exposées pour son compte et préalablement définies. Dans ce cadre, le mandataire ne peut en aucun cas assurer le financement de l'opération. En effet, seul le mandant, en sa qualité de maître d'ouvrage, détient cette compétence qui « relève d'une fonction d'intérêt général dont il ne peut se démettre » (article 2 de la loi MOP) ;
- Les modalités du contrôle technique, financier et comptable exercé par le maître de l'ouvrage aux différentes phases de l'opération ;
- Les conditions dans lesquelles l'approbation des avant-projets et la réception de l'ouvrage sont subordonnées à l'accord préalable du maître de l'ouvrage ;
- Les conditions dans lesquelles le mandataire peut agir en justice pour le compte du maître de l'ouvrage.

Vérification des missions confiées au mandataire

Dans la limite du programme et de l'enveloppe financière prévisionnelle qu'il a arrêtés, le maître de l'ouvrage peut confier à un mandataire, dans les conditions définies par la convention mentionnée à l'article 5, l'exercice, en son nom et pour son compte, de tout ou partie des attributions suivantes de la maîtrise d'ouvrage :

- définition des conditions administratives et techniques selon lesquelles l'ouvrage sera étudié et exécuté ;
- préparation du choix du maître d'œuvre, signature du contrat de maîtrise d'œuvre, après approbation du choix du maître d'œuvre par le maître de l'ouvrage, et gestion du contrat de maîtrise d'œuvre ;
- approbation des avant-projets et accord sur le projet ;
- préparation du choix de l'entrepreneur, signature du contrat de travaux, après approbation du choix de l'entrepreneur par le maître de l'ouvrage, et gestion du contrat de travaux ;
- versement de la rémunération de la mission de maîtrise d'œuvre et des travaux ;
- réception de l'ouvrage ;

ainsi que l'accomplissement de tous actes afférents aux attributions mentionnées ci-dessus.

Le mandataire n'est tenu envers le maître de l'ouvrage que de la bonne exécution des attributions dont il a personnellement été chargé par celui-ci.

Le mandataire représente le maître de l'ouvrage à l'égard des tiers dans l'exercice des attributions qui lui ont été confiées jusqu'à ce que le maître de l'ouvrage ait constaté l'achèvement de sa mission dans les conditions définies par la convention mentionnée à l'article 5. Il peut agir en justice.

ANNEXE (suite)

2. Contrat de maîtrise d'œuvre (loi MOP et décret n° 93-1268 du 29 novembre 1993)

Vérification de la présence des mentions obligatoires du contrat écrit (article 28 et suivants du décret n° 93-1268 du 29 novembre 1993)

- contenu de la mission ;
- mode de dévolution des travaux retenus (précisé au plus tard avant le commencement des études de projet) : entrepreneurs séparés, entreprises groupées, entreprise générale. L'incidence de ce mode de dévolution sur le contrat doit être précisée ;
- modalités de rémunération du maître d'œuvre (article 9 loi MOP et article 29 du décret n° 93-1268 du 29 novembre 1993). Cette rémunération tient compte de l'étendue de la mission, de son degré de complexité et du coût prévisionnel des travaux ;
- fixation des modalités selon lesquelles est arrêté le coût prévisionnel assorti d'un seuil de tolérance, sur lesquels s'engage le maître d'œuvre, et les conséquences, pour celui-ci, des engagements souscrits (article 30 du décret n° 93-1268 du 29 novembre 1993).

Contrôle des variations de la rémunération du maître d'œuvre

Trois situations sont susceptibles de survenir en cette matière :

A. Lorsque la mission confiée au maître d'œuvre comporte l'assistance au maître de l'ouvrage pour la passation du ou des contrats de travaux, le contrat prévoit l'engagement du maître d'œuvre de respecter le coût prévisionnel des travaux arrêté au plus tard avant le lancement de la procédure de passation du ou des contrats de travaux.

Le respect de cet engagement est contrôlé à l'issue de la consultation des entreprises de travaux. En cas de dépassement du seuil de tolérance, le maître de l'ouvrage peut demander au maître d'œuvre d'adapter ses études, sans rémunération supplémentaire.

B. Lorsque la mission confiée au maître d'œuvre comporte en outre la direction de l'exécution du contrat de travaux et l'assistance au maître de l'ouvrage lors des opérations de réception, le contrat prévoit également un engagement du maître d'œuvre de respecter le coût, assorti d'un nouveau seuil de tolérance, qui résulte des contrats de travaux passés par le maître de l'ouvrage.

Le respect de cet engagement est contrôlé après exécution complète des travaux nécessaires à la réalisation de l'ouvrage en tenant compte du coût total définitif des travaux résultant des décomptes finaux et factures des entreprises.

Pour contrôler le respect de l'engagement, le contrat de maîtrise d'œuvre prévoit les modalités de prise en compte des variations des conditions économiques.

En cas de dépassement excédant le seuil de tolérance fixé par le contrat de maîtrise d'œuvre, la rémunération du maître d'œuvre est réduite. Le contrat de maîtrise d'œuvre détermine les modalités de calcul de cette réduction, qui ne peut excéder 15 p. 100 de la rémunération du maître d'œuvre correspondant aux éléments de mission postérieurs à l'attribution des contrats de travaux.

C. En cas de modification de programme ou de prestations décidées par le maître de l'ouvrage, le contrat de maîtrise d'œuvre fait l'objet d'un avenant qui arrête le programme modifié et le coût prévisionnel des travaux concernés par cette modification et adapte en conséquence la rémunération du maître d'œuvre et les modalités de son engagement sur le coût prévisionnel.

Le contrat de maîtrise d'œuvre peut, en outre, prévoir d'autres clauses d'incitation à de meilleurs résultats quantitatifs ou qualitatifs.

Le contrat de maîtrise d'œuvre peut ne pas prévoir les engagements mentionnés aux I et II ci-dessus, s'il est établi que certaines des données techniques nécessaires à la souscription de tels engagements ne pourront être connues au moment où ces engagements devraient être pris.

ANNEXE (suite)

Vérification des missions confiées au maître d'œuvre

Seules les missions suivantes peuvent légalement être confiées au maître d'œuvre (article 7 loi MOP) :

- les études d'esquisse ;
- les études d'avant-projet ;
- les études de projet ;
- l'assistance apportée au maître de l'ouvrage pour la passation du contrat de travaux ;
- les études d'exécution ou l'examen de la conformité au projet et le visa de celles qui ont été faites par l'entrepreneur ;
- la direction de l'exécution du contrat de travaux ;
- l'ordonnancement, le pilotage et la coordination du chantier ;
- l'assistance apportée au maître de l'ouvrage lors des opérations de réception et pendant la période de garantie de parfait achèvement.

Toutefois, pour les ouvrages de bâtiment, une mission de base fait l'objet d'un contrat unique.

Le contenu de cette mission de base, fixé par catégories d'ouvrages conformément à l'article 10 de la loi MOP, doit permettre :

- au maître d'œuvre, de réaliser la synthèse architecturale des objectifs et des contraintes du programme, et de s'assurer du respect, lors de l'exécution de l'ouvrage, des études qu'il a effectuées ;
- au maître de l'ouvrage, de s'assurer de la qualité de l'ouvrage et du respect du programme et de procéder à la consultation des entrepreneurs, notamment par lots séparés, et à la désignation du titulaire du contrat de travaux.

ANNEXE (suite)

Fiche n° 7- Le choix de la procédure de passation

L'élément essentiel guidant le choix de la procédure est l'objet du contrat et l'adéquation de la procédure à la valeur financière de la prestation. D'autres critères peuvent toutefois intervenir : situation d'urgence impérieuse, complexité de la prestation, etc.

1. Marchés publics

Au regard du code des marchés publics (CMP), un marché peut se trouver dans l'une des situations suivantes, qui traduisent une gradation des contraintes réglementaires.

1. le contrat appartient à une catégorie de contrats placés hors du champ d'application du CMP (cf. article 3 du CMP) :

- quasi-régies ou in house ;

- contrats d'emprunt dans les conditions définies à l'article 3 du CMP (voir remarque dans le point 1 de la fiche 1), etc.

2. le marché est soumis aux dispositions du CMP, mais est dispensé de publicité préalable et de mise en concurrence (si l'acheteur public établit que « *les circonstances le justifient »,* ou si le montant estimé est inférieur à 4 000 € HT, ou dans les cas décrits au II de l'article 35) ;

3. le marché est passé, conformément au CMP, dans le cadre d'une « procédure adaptée » librement définie par l'acheteur public (articles 28 et 30 pour les pouvoirs adjudicateurs, 144 et 146 pour les entités adjudicatrices) ;

4. le marché peut être négocié après publicité et mise en concurrence (article 35-I) ;

5. le marché est soumis à une autre procédure formalisée du CMP.

Le choix de la procédure est ainsi conditionné, selon les cas, par l'objet du contrat (exclusions, marchés de services de l'article 30…), par le montant estimé du marché rapporté aux seuils prévus par le code, ou par les circonstances (urgence impérieuse de l'article 35-II…).

Il appartient donc aux agents chargés du contrôle de légalité de vérifier que les conditions de recours à telle procédure, fixées par le code, ont bien été observées.

2. Délégation de service public

Appelées en droit communautaire « concessions », les DSP doivent obéir aux grands principes de la commande publique (transparence, non-discrimination et libre accès). Le Conseil d'Etat l'a d'ailleurs récemment rappelé (Conseil d'Etat, 23 décembre 2009, ETABLISSEMENT PUBLIC DU MUSEE ET DU DOMAINE NATIONAL DE VERSAILLES, n° 330054)

Comme pour les marchés publics, les contrats dits « in house » sont exclus des procédures d'attribution des DSP (CE, 6 avril 2007, Ville d'Aix en Provence).

Outre les obligations découlant du droit communautaire, la passation d'une DSP est soumise à des exigences issues du droit interne (lois Sapin et MURCEF) : avis préalable de la commission consultative des services publics locaux sur le principe du contrat, avis de cette même commission avant le choix définitif du prestataire.

ANNEXE (suite)

3. Contrats de partenariat

Les contrats de partenariat d'un montant inférieur à un seuil défini par décret peuvent être passés en procédure négociée.

Ce seuil est de 193.000 euros HT pour les « contrats de partenariat n'ayant pas pour objet principal soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution de travaux ou d'un ouvrage répondant à des besoins précisés par la personne publique contractante ». Il est de 4 845 000 euros HT lorsque le contrat a « pour objet principal soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution de travaux ou d'un ouvrage répondant à des besoins précisés par la personne publique contractante ». Dans les deux cas, un avis d'appel public à la concurrence doit être publié (article D. 1414-5 du CGCT).

ANNEXE (suite)

Fiche n° 8 – Les mesures de publicité préalables et postérieures à l'attribution du contrat

La publicité est l'un des moyens dont disposent les personnes publiques pour garantir le respect des principes fondamentaux de la commande publique. Comme pour le choix de la procédure, le choix du type de publicité dépend en général du montant du contrat.

1. Marchés publics

1.1 Principe d'obligation de publicité

L'acheteur public doit rendre publique l'information réglementaire lors du lancement de la procédure de marché.

Exceptions :

- marchés passés selon une procédure adaptée, si les circonstances le justifient ;
- marchés d'un montant inférieur à 4 000 € HT ;
- certains marchés et accords cadres passés selon une procédure négociée : marchés et accords cadres conclus pour faire face à une urgence impérieuse ainsi que d'autres contrats prévus à l'article 35-II du code des marchés publics;

1.2 Vérification en fonction du seuil (marchés à procédure adaptée)

Entre 4 000 € et 90 000 € HT

A. *Mentions obligatoires à vérifier* :

- Identité et coordonnées de l'acheteur ;
- objet des prestations envisagées ;
- critères d'attribution du marché ;
- conditions de mise en œuvre du marché, le cas échéant.

Si le pouvoir adjudicateur a choisi de publier un avis d'appel public à la concurrence, ce choix implique l'utilisation obligatoire du modèle d'avis fixé par l'arrêté du 28 août 2006. Ce modèle d'avis comporte les éléments suivants : nom et adresse de l'organisme acheteur, objet du marché, critères d'attribution, type de procédure choisie, délais de réception des candidatures et/ou des offres, date d'envoi de l'avis pour publication.

B. *Une publicité adaptée* :

L'acheteur est libre de définir les modalités de publicité. Il doit toutefois veiller à ce que ces modalités soient appropriées aux caractéristiques du marché, c'est-à-dire qu'elles suscitent la concurrence nécessaire. Vous devez vérifier que la publicité est de nature à faciliter l'accès des prestataires, sans considération de nationalité ou de taille.

Vous devez vérifier que la publicité est adaptée :

- à l'objet du marché ;
- à son montant ;
- au degré de concurrence entre les entreprises concernées ;
- aux conditions de passation du marché.

ANNEXE (suite)

Entre 90 000 € HT et les seuils de procédure formalisée

S'ils ne relèvent pas de l'article 30 du code des marchés publics (services non mentionnés à l'article 29), les marchés à procédure adaptée d'un montant supérieur à 90 000 € HT doivent être publiés suivant les modalités prévues à l'article 40 du CMP :

- soit publication au Bulletin officiel des annonces des marchés publics (avis conforme aux modèles annexés à l'arrêté du 28 août 2006) ;
- soit publication dans un journal habilité à recevoir des annonces légales.

Le pouvoir adjudicataire peut compléter cette publication obligatoire par une publicité supplémentaire dans un organe de presse spécialisée, compte tenu de la nature ou du montant des fournitures, services ou travaux en cause.

1.3 Procédures formalisées

Ces procédures prévoient, au-delà des publicités déjà mentionnées, la publication d'un avis dans le Journal officiel de l'Union européenne. Cet avis devra reproduire le modèle fixé par le règlement communautaire n° 1564/2005 du 7 septembre 2005.

1.4 Contrôle

Pour que le service chargé du contrôle de légalité puisse s'assurer que le marché est conforme aux informations portées à la connaissance des candidats éventuels, il importe que le dossier transmis comporte un avis identique à celui effectivement publié. Il n'y a pas lieu d'accepter un autre document (ex : récépissé émis par le BOAMP).

1.5 Publication de l'avis d'attribution

Outre la notification aux candidats évincés à l'issue d'une procédure formalisée (article 80) et la notification adressée au titulaire (article 81), qui donne date d'effet au marché, le CMP prévoit la publication d'un avis d'attribution (article 85)[6]. Cet avis, à la différence de l'appel public à concurrence, n'a pas à être transmis au contrôle de légalité. Les services préfectoraux pourront toutefois le demander lorsqu'ils voudront s'assurer que le délai prévu à l'article 80 du CMP (entre la notification de leur éviction aux autres candidats et la signature du contrat avec l'opérateur retenu) est bien respecté, permettant ainsi l'exercice du recours précontractuel par les personnes lésées ou par le préfet.

2. Délégations de service public

Vérifiez si au moins deux avis d'appel à la concurrence ont été publiés :

- un avis dans une publication habilitée à recevoir des annonces ;
- un avis dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné.

Attention : un troisième avis doit être publié au JOUE dès lors que le montant du contrat dépasse un certain seuil.

La publicité : date limite de présentation des offres : doit être fixée un mois au moins après la parution, même s'il s'agit d'un avis rectificatif – cf. art. R. 1411-1 du CGCT.

[6] Pour les contrats passés selon une procédure formalisée et les marchés de l'article 30 d'un montant supérieur à 193 000 € HT ; le contenu de l'avis d'attribution est régi par les mêmes textes que l'avis public d'appel à concurrence et la publication s'effectue dans les mêmes supports.

ANNEXE (suite)

3. Contrats de partenariat

Vérifier la publication de l'avis d'appel public à concurrence au BOAMP ainsi qu'au JOUE dès lors que le coût total du projet est supérieur à 193 000 € HT, s'il s'agit d'un contrat de partenariat de services, ou à 4 850 000 € pour les contrats de partenariat de travaux. Conformément au règlement communautaire établissant les formulaires standards pour la publication en matière de marchés publics, l'avis d'appel public à la concurrence doit notamment mentionner les critères de sélection, la procédure choisie : appel d'offres, dialogue compétitif ou procédure négociée.

ANNEXE (suite)

Fiche n° 9 - La réalité de la mise en concurrence préalable

1. <u>Principe : publication d'un appel d'offres</u>

La notion de mise en concurrence préalable découle des principes du droit des marchés publics détaillés dans le chapitre 1er du CMP. Son application suppose notamment l'organisation de la publicité des marchés.

2. <u>Procédure négociée sans mise en concurrence ni publicité</u>

Toutefois, le CMP prévoit que, si aucun candidat n'a répondu à l'appel d'offres, la collectivité peut avoir recours à la procédure négociée sans mise en concurrence ni publicité.

L'absence de publicité et de mise en concurrence laisse, *a priori*, une forte marge de manœuvre au pouvoir adjudicateur dans la sélection préalable des candidats ainsi que dans le choix de son cocontractant, mais les conditions matérielles permettant l'utilisation de cette procédure réduisent fortement cette marge.

Certaines règles s'imposent à la personne publique lors de la passation de son marché négocié. Tout d'abord, ce marché doit respecter les règles communes à tout marché telles que la détermination des besoins, la durée du marché, son prix, etc.

De plus, les principes d'égalité, de transparence et de mise en concurrence même "allégée", posés par le chapitre 1er du code des marchés publics, s'appliquent à tous marchés, y compris ceux conclus sans mise en concurrence préalable. La collectivité doit ainsi respecter une mise en concurrence *a minima*.

La doctrine conseille ainsi de contacter une ou plusieurs entreprises susceptibles de fournir les prestations, la suite de la procédure pouvant alors être schématisée ainsi :

Etape	Une seule entreprise contactée	Plusieurs entreprises contactées
Sélection du candidat	Réception de son offre	Réception des offres
	Examen de son offre	Examen des offres
Discussion	Négociation en une ou plusieurs étapes	Négociation en une ou plusieurs étapes
Choix de l'offre	Lettre d'invitation à remettre une offre	Lettre d'invitation à remettre une offre
	Remise de l'offre	Remise de l'offre
	Demande de précisions	Demande de précisions
		Classement des offres
	CAO	CAO
	Notification du marché	Notification du marché
Exécution	Exécution	Exécution

ANNEXE (suite)

Fiche n° 10 - Les critères de sélection des offres
La motivation des décisions du pouvoir adjudicateur

De plus en plus, la personne publique est amenée à choisir une prestation en fonction de critères qui dépassent la seule dimension relative à son coût immédiat.

1. Marchés publics

Offre économiquement la plus avantageuse

Le choix final du marché doit en principe se fonder sur une pluralité de critères, notamment :

- la qualité ;
- le prix ;
- la valeur technique ;
- le caractère esthétique et fonctionnel ;
- les performances en matière de protection de l'environnement ;
- les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté ;
- le coût global d'utilisation ;
- la rentabilité ;
- le caractère innovant ;
- le service après-vente et l'assistance technique ;
- la date et le délai de livraison ou d'exécution.

Attention : l'utilisation du critère « prix » comme critère unique ne peut avoir lieu que pour certains marchés, en particulier dans le cas de l'achat de fournitures très normalisées.

Pondération des critères

Pour les autres marchés, deux ou plusieurs critères devront être retenus. Pour les marchés passés selon une procédure formalisée et lorsque plusieurs critères sont prévus, le pouvoir adjudicateur précise leur pondération (coefficients affectés à chaque critère).

En cas d'impossibilité avérée d'utiliser la pondération, il est possible de hiérarchiser les critères.

Vous devez donc vérifier la nature de la méthode de prise en compte des critères de choix par le pouvoir adjudicateur et si cette méthode est adaptée au marché.

Marchés allotis

Concernant les marchés allotis, rien ne s'oppose à ce que des critères et des sous-critères différents soient appliqués selon les lots d'un même marché. Ces critères ainsi que leur poids relatif doivent être indiqués dans l'avis d'appel public à concurrence ou dans les documents de consultation. Ils sont alors intangibles ; la faculté de définir une « fourchette » pour la pondération reconnue désormais permet néanmoins une certaine marge de manœuvre lors de leur application.

ANNEXE (suite)

2. Délégations de service public

Préselection des candidats

Il convient de vérifier les critères indiqués dans l'avis d'appel public à la concurrence.

Les critères qui peuvent être mis en avant par la collectivité délégante sont énumérés dans l'acte de publicité : garanties professionnelles et financières des candidats, leur aptitude à garantir la continuité du service public ou à garantir l'égalité de traitement devant les usagers.

Sélection des offres

La sélection est basée sur la capacité du candidat retenu à respecter les critères indiqués dans un document, remis par la collectivité, « définissant les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations ainsi que, s'il y a lieu, les conditions de tarification du service rendu à l'usager. » (art. L. 1411-1 du CGCT).

3. Contrats de partenariat

Offre économiquement la plus avantageuse

Application des modalités de contrôle relatives aux marchés publics : les critères de choix se rapportent à la notion d'offre économiquement la plus avantageuse définie plus haut.

ANNEXE (suite)

Fiche n° 11 – Vérification des BEA et des concessions d'aménagement

Les conventions relatives aux BEA et aux concessions d'aménagement sont soumises à des modalités de vérification spécifiques. La présente fiche énonce les principaux éléments de contrôle.

1. **Baux emphytéotiques administratifs**

La nature des biens sur lesquels portent les BEA

Les BEA peuvent concerner des biens du domaine privé ou public mais ne peuvent en aucun cas porter sur des biens entrant dans le champ de la contravention de voirie (grande voirie ou voirie routière).

Le respect du cadre légal du BEA

Un BEA ne peut être conclu que pour remplir des objectifs bien précis, énumérés à l'article L. 1311-2 du CGCT et pour une durée de 18 à 99 ans.

Le respect des principes de transparence (publicité et mise en concurrence)

La personne publique est tenue au respect de ces principes dès lors que le BEA permet l'exercice d'une activité entrant dans le champ concurrentiel, conformément à la réglementation et à la jurisprudence communautaires.

Éventuellement, les montants des loyers ou redevances (ordres de grandeur).

Enfin, j'appelle votre attention sur les risques de requalification de certains BEA en DSP ou marchés publics, lorsque ces BEA servent par exemple à construire un bâtiment utilisé ensuite exclusivement par la collectivité territoriale ou le groupement propriétaire du terrain d'assiette contre paiement d'un loyer au constructeur.

Si le BEA doit être requalifié soit en marché public, soit en convention de délégation de service public, la procédure de passation de ce contrat doit avoir respecté la réglementation communautaire en matière de marchés publics ou la loi Sapin du 29 janvier 1993.

2. **Les concessions d'aménagement**

Champ d'application de la concession : une opération d'aménagement.

L'opération d'aménagement peut bénéficier, avec l'accord préalable du concédant, de subventions versées par l'Etat, des collectivités territoriales et leurs groupements ou des établissements publics. Dans ce cas, le contrat de concession est soumis au contrôle de la collectivité publique, même si le concédant ne participe pas au financement de l'opération. Le concessionnaire doit également rendre compte de l'utilisation des subventions reçues aux personnes publiques qui les ont allouées.

Vérification des mentions obligatoires citées à l'article L. 300-5 du code de l'urbanisme :

- objet du contrat ;
- durée et conditions dans lesquelles il peut être prorogé ou modifié ;
- conditions de rachat ;
- conditions de résiliation ou de déchéance par le concédant ;
- éventuellement, conditions et modalités d'indemnisation du concessionnaire*.

ANNEXE (suite)

Lorsque le concédant décide de participer au coût de l'opération (apport financier ou en terrains) :

- modalités de cette participation financière ;
- montant total de cette participation et, s'il y a lieu, sa répartition en tranches annuelles ;
- modalités du contrôle technique, financier et comptable exercé par le concédant.

Rappel 1 : Le concessionnaire doit fournir chaque année un compte rendu financier

Rappel 2 : L'ensemble de ces documents est soumis à l'examen de l'organe délibérant du concédant ou à l'autorité administrative lorsque le concédant est l'Etat.

Le concédant a le droit de contrôler les renseignements fournis, ses agents accrédités pouvant se faire présenter toutes pièces de comptabilité nécessaires à leur vérification.

Si le concédant est une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales, dès la communication de ces documents et, le cas échéant, après les résultats du contrôle diligenté par le concédant, ces documents sont soumis, dans un délai de 3 mois, à l'examen de l'organe délibérant, qui se prononce par un vote

Rappel 3 : Approbation de l'apport financier par l'organe délibérant. Toute révision de cet apport doit faire l'objet d'un avenant au traité de concession, approuvé par l'organe délibérant du concédant.

ANNEXE (suite)

Fiche n° 12 – la composition des commissions

1. Marchés publics

Contrôle de la saisine de la Commission d'appel d'offres

Pour les marchés des collectivités territoriales et de leurs établissements, la commission d'appel d'offres (CAO) peut être saisie aux fins d'attribuer le contrat à l'issue de la procédure.

Cette saisine est obligatoire dans les marchés à procédure formalisée, que cette procédure soit imposée (dépassement de seuil) ou choisie librement par le pouvoir adjudicateur.

Même lorsque la CAO rend un simple avis, comme c'est le cas pour les avenants, la régularité de sa composition a une incidence directe sur la légalité du contrat lui-même.

Contrôle de la représentativité de la CAO

Vérifier que la délibération est issue du seul vote des membres titulaires de la CAO. En effet, d'autres personnes peuvent participer à une réunion de la CAO avec simple voix consultative, sans en être membre.

La CAO doit être représentative : ses membres doivent être élus à la proportionnelle parmi les membres de l'assemblée délibérante. La composition de la CAO est définie dans l'article 22-I du code des marchés publics.

S'agissant de la représentation proportionnelle applicable aux CAO des communes, départements et régions, celle-ci n'est pas remise en cause si un membre change, par la suite, d'appartenance politique (CAA de Marseille, 31 décembre 2003, n° 00MA00631, *Ville de Nice*). En revanche, la question se pose lorsque les élus d'opposition ne présentent aucune liste : une désignation d'office n'étant pas envisageable, la CAO semble devoir être constituée à partir de candidats issus uniquement de la majorité.

Groupements de commandes

Dans le cas particulier du groupement de commandes, la convention passée entre les pouvoirs adjudicateurs peut prévoir que la CAO sera soit celle de l'acheteur choisi comme coordonnateur s'il est le signataire des marchés (article 8-VII du CMP), soit une CAO composée *ad hoc*, à raison d'un représentant par membre du groupement.

Jury de concours : le quorum

Lorsqu'elle est constituée en jury de concours, la composition de la commission est déterminée par l'article 24, qui accorde voix délibérative à l'ensemble des personnes composant le jury. C'est sur l'ensemble de ces membres à voix délibérative que se calcule le quota du tiers constitué de personnes possédant la qualification exigée des candidats.

L'article 25 du CMP règle désormais la question du quorum applicable à ces commissions et jury : il est atteint lorsque plus de la moitié des membres à voix délibérative sont présents. Si ce quorum n'est pas atteint, la CAO ou le jury est à nouveau convoqué et se réunit alors sans condition de quorum.

2. Délégations de service public

Dans le cas des DSP, la Commission d'appel d'offres est remplacée par la commission permanente ou spéciale prévue à l'article L. 1411-5 du CGCT. Comme pour la CAO, sa composition doit être représentative. La composition de ces deux commissions peut être identique.

ANNEXE (suite)

Fiche n° 13 - La précision et l'adéquation des clauses financières

Cette fiche s'applique aux seuls marchés publics, sauf stipulations contractuelles contraires.

1. Les avances (articles 87 à 89, article 115, du CMP)

1.1 Définition

Les avances sont des versements effectués aux titulaires avant le début d 'exécution des marchés. Elles dérogent par là-même au principe du paiement après service fait.

L'article 87 du code des marchés publics impose au pouvoir adjudicateur le versement d'une avance lorsque les conditions suivantes sont remplies :

- le montant initial du marché ou de la tranche affermie est d'un montant supérieur à 50 000 € HT
- la durée d'exécution du marché est supérieure à 2 mois

Si ces conditions sont remplies et que le marché ne prévoit pas d'avance, le contrôle de légalité devra relever cette anomalie.

Cela étant, même lorsque ces conditions ne sont pas remplies, le pouvoir adjudicateur peut toujours décider d'accorder une avance.

L'article 43 du décret n° 2008-1355 du 19 décembre 2008 prévoit que, par dérogation à l'article 87 du code des marchés publics, il est possible, par avenant, de prévoir une avance qui n'était pas prévue initialement (ou de modifier le taux et les conditions de versement de l'avance). Ces dispositions s'appliquent aux marchés dont le montant dépasse 20 000 euros HT en cours d'exécution à la date d'entrée en vigueur de ce décret (21 décembre 2008) ou notifiés au plus tard le 31 décembre 2009.

Ainsi, non seulement un marché sans octroi d'avance peut ultérieurement donner lieu au versement d'une avance, mais encore un marché ayant donné lieu au versement d'une avance peut donner lieu à une augmentation de celle-ci même si l'avance initialement prévue a déjà été versée.

Le versement de l'avance avec un caractère rétroactif s'applique aux marchés en cours d'exécution à la date d'entrée en vigueur du décret (21 décembre 2008) ou notifiés au plus tard le 31 décembre 2009.

La passation d'un avenant est alors obligatoire afin de modifier les conditions initiales de versement de l'avance et de bénéficier des dérogations accordées par le décret.

Que le versement de l'avance prévu au marché résulte d'une obligation ou d'une faculté, les dispositions suivantes doivent impérativement être respectées.

1.2 Les modalités de calcul de l'avance (article 87 II)

Le principe
Le montant de l'avance est égal au minimum à 5 % du montant initial, toutes taxes comprises, du marché ou de la tranche affermie si leur durée est inférieure ou égale à douze mois.
Si cette durée est supérieure à douze mois, l'avance est égale au minimum à 5 % d'une somme égale à douze fois le montant mentionné ci-dessus divisé par cette durée exprimée en mois.

ANNEXE (suite)

Des dispositions spécifiques existent pour les marchés à bons de commande.

Cas d'un marché à bons de commande comportant un montant minimum supérieur à 50 000 € HT :

Le montant de l'avance est égal au minimum à 5 % du montant minimum si la durée du marché est inférieure ou égale à douze mois.

Si cette durée est supérieure à douze mois, l'avance est égale au minimum à 5 % d'une somme égale à douze fois le montant minimum divisé par la durée du marché exprimée en mois.

Cas d'un marché à bons de commande ne comportant ni minimum ni maximum ou qui comporte un minimum et un maximum fixé en quantité :

Pour chaque bon de commande d'un montant supérieur à 50 000 Euros HT et d'une durée d'exécution supérieure à deux mois, le montant de l'avance est égal au minimum à 5 % du montant du bon de commande si la durée prévue pour l'exécution de celui-ci est inférieure ou égale à douze mois.

Si cette durée est supérieure à douze mois, l'avance est égale au minimum à 5 % d'une somme égale à douze fois le montant du bon de commande divisé par la durée prévue pour l'exécution de celui-ci exprimée en mois.

Le montant de l'avance ne peut pas être affecté par la mise en œuvre d'une clause de variation de prix.

Le taux de l'avance peut dépasser les 5 % des montants mentionnés ci-dessus. Ce taux ne peut cependant pas être supérieur à 60 % de ces montants.

Lorsque le taux de l'avance excède 30 % de ces montants, le titulaire doit constituer une garantie à première demande, conformément aux dispositions de l'article 90 du CMP. Le marché doit le prévoir.

En tout état de cause, le taux et les conditions de versement de l'avance doivent être fixés dans le marché. Si l'article 87 III précise qu'ils ne peuvent être modifiés par avenant, il résulte de l'article 43 du décret n° 2008-1355 précité qu'un avenant peut modifier les conditions initiales de versement de l'avance des marchés en cours d'exécution à la date d'entrée en vigueur de ce décret (21 décembre 2008) ou notifiés au plus tard le 31 décembre 2009.

Le délai global de paiement (décret n° 2002-232 du 21 février 2002 modifié en dernier lieu par le décret n° 2008-1550 du 31 décembre 2008) :

Le défaut de paiement dans les délais prévus par l'article 98 du CMP fait courir de plein droit, et sans autre formalité, des intérêts moratoires au bénéfice du titulaire ou du sous-traitant payé directement.

1.3 Taux

Pour les collectivités locales et les établissements publics locaux, qu'il soit ou non indiqué dans le marché, le taux des intérêts moratoires est égal au taux d'intérêt de la principale facilité de refinancement appliquée par la Banque centrale européenne à son opération de refinancement principal la plus récente effectuée avant le premier jour de calendrier du semestre de l'année civile au cours duquel les intérêts moratoires ont commencé à courir, majoré de sept points (article 5-II du décret susvisé).

Si un marché mentionne un taux d'intérêts moratoires différent de celui-ci, le contrôle de légalité devra relever cette anomalie.

Ceci n'est pas forcément valable pour les marchés dont la procédure de consultation a été engagée ou l'avis d'appel public à la concurrence a été envoyé à la publication avant le 1er janvier 2009 et, par conséquent, pour leurs avenants. En effet, le décret n° 2002-232 précisait avant sa modification par le décret n° 2008-1550 du 31 décembre 2008 que, pour les collectivités locales et les établissements publics autres que ceux mentionnées au 3° de l'article 98 du CMP, le taux des intérêts moratoires devant être fixé dans le marché était celui de l'intérêt légal en vigueur à la date à laquelle les intérêts moratoires avaient commencé à courir, augmenté de deux points. A défaut de cette mention, le taux applicable était le taux BCE augmenté de 7 points.

ANNEXE (suite)

1.4 Durée

Le délai global de paiement d'un marché public ne peut excéder 30 jours depuis le 1er juillet 2010 pour les collectivités territoriales et les établissements publics locaux (cf. article 98 du CMP).

Pour les marchés dont la procédure de consultation est engagée ou l'avis d'appel public à la concurrence est envoyé à la publication entre le 1er janvier et le 30 juin 2010, ce délai est de 35 jours.

2. Retenue de garantie et autres garanties (articles 101 à 105 du CMP) :

Le marché peut prévoir, à la charge du seul titulaire, une retenue de garantie. Son montant ne peut être supérieur à 5 % du montant initial TTC augmenté, le cas échéant, du montant des avenants.

Elle ne peut couvrir que les réserves décelées à la réception des travaux, fournitures ou services, ainsi que celles formulées pendant le délai de garantie (article 101 du CMP).

3. La sous-traitance

La sous-traitance est une possibilité offerte au titulaire d'un marché public (articles 112 à 117 du CMP) :

L'article 112 du CMP précise que le titulaire d'un marché public de travaux, d'un marché public de services ou d'un marché industriel peut sous-traiter l'exécution de certaines parties de son marché à condition d'avoir obtenu du pouvoir adjudicateur l'acceptation de chaque sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement.

Il résulte donc de ces éléments que la sous-traitance est interdite pour les marchés de fournitures et que la sous-traitance totale est interdite (mais pas de seuil).

Lorsque le montant du contrat de sous-traitance est égal ou supérieur à 600 € TTC, le sous-traitant qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par le pouvoir adjudicateur, est payé directement, pour la partie du marché dont il assure l'exécution.

Toute renonciation au paiement direct du sous-traitant par le pouvoir adjudicateur est réputée non écrite (article 7 de la loi n° 75-1334 du 31/12/1975 modifiée relative à la sous-traitance). Il s'agit d'une disposition d'ordre public à laquelle il ne peut être dérogé.

4. Les prix

Le marché doit comporter un prix ou les modalités de sa détermination (article 12-I 6° du CMP) et fixer sa nature (forfaitaire ou unitaire : article 17 du CMP).

Il doit préciser s'il est conclu à prix provisoire, sachant qu'il est possible de conclure des marchés à prix provisoires dans les cas exceptionnels cités à l'article 19 du CMP. Dans le silence du marché, celui-ci est conclu à prix définitif.

Le marché doit préciser si le prix définitif est ferme ou révisable.

Un prix ferme est actualisable dans les conditions définies à l'article 18 du CMP.

ANNEXE (suite)

Un marché de travaux, de fournitures ou de services autres que courants conclu à prix ferme doit prévoir son actualisation (article 18-III du CMP). Cette actualisation est encadrée et le marché doit préciser :
« *1° Que ce prix sera actualisé si un délai supérieur à trois mois s'écoule entre la date à laquelle le candidat a fixé son prix dans l'offre et la date de début d'exécution des prestations ;*   *2° Que l'actualisation se fera aux conditions économiques correspondant à une date antérieure de trois mois à la date de début d'exécution des prestations.* »

Lorsque le pouvoir adjudicateur décide d'appliquer une actualisation pour des fournitures ou services courants, les modalités précitées doivent également être respectées.

Un prix ferme actualisable ne peut pas être en même temps révisable.

Lorsque le prix est révisable, le marché fixe la date d'établissement du prix initial, les modalités de calcul de la révision ainsi que la périodicité de sa mise en œuvre. Les modalités de calcul de la révision du prix sont fixées :
1° Soit en fonction d'une référence à partir de laquelle on procède à l'ajustement du prix de la prestation ;   2° Soit par application d'une formule représentative de l'évolution du coût de la prestation. Dans ce cas, la formule de révision ne prend en compte que les différents éléments du coût de la prestation et peut inclure un terme fixe ;   3° Soit en combinant les modalités mentionnées aux 1° et 2°.   Les marchés d'une durée d'exécution supérieure à trois mois qui nécessitent pour leur réalisation le recours à une part importante de fournitures, notamment de matières premières, dont le prix est directement affecté par les fluctuations de cours mondiaux comportent une clause de révision de prix.

Enfin, un avenant ne doit pas modifier le prix du marché ou introduire une variation de prix non prévue à l'origine, ou modifier la formule de calcul de cette variation (pas de dérogation au principe de l'intangibilité du prix contractuel : article 18-I du CMP)

Il est possible de conclure des marchés à prix provisoires dans les cas exceptionnels suivants :
1° Lorsque, pour des prestations complexes ou faisant appel à une technique nouvelle et présentant soit un caractère d'urgence impérieuse, soit des aléas techniques importants, l'exécution du marché doit commencer alors que la détermination d'un prix initial définitif n'est pas encore possible ;   2° Lorsque les résultats d'une enquête de coût de revient portant sur des prestations comparables commandées au titulaire d'un marché antérieur ne sont pas encore connus ;   3° Lorsque les prix des dernières tranches d'un marché à tranches, tel que défini à l'article 72, sont fixés au vu des résultats, non encore connus, d'une enquête de coût de revient portant sur les premières tranches, conclues à prix définitifs ;   4° Lorsque les prix définitifs de prestations comparables ayant fait l'objet de marchés antérieurs sont remis en cause par le candidat pressenti ou par le pouvoir adjudicateur, sous réserve que ce dernier ne dispose pas des éléments techniques ou comptables lui permettant de négocier de nouveaux prix définitifs.
Les marchés conclus à prix provisoires précisent :
1° Les conditions dans lesquelles sera déterminé le prix définitif, éventuellement dans la limite d'un prix plafond ;   2° L'échéance à laquelle devra intervenir un avenant pour fixer le prix définitif ;   3° Les règles comptables auxquelles le titulaire devra se conformer ;   4° Les vérifications sur pièces et sur place que le pouvoir adjudicateur se réserve d'effectuer sur les éléments techniques et comptables du coût de revient.
Pour la réalisation des ouvrages mentionnés à l'article 1er de la loi du 12 juillet 1985 susmentionnée, les marchés de maîtrise d'œuvre sont passés à prix provisoires conformément au décret n° 93-1268 du 29 novembre 1993 relatif aux missions de maîtrise d'œuvre confiées par des maîtres d'ouvrage publics à des prestataires de droit privé.

ANNEXE (suite)

Fiche n° 14 - Procédures entre cocontractants : transaction et référé-provision

En cas de difficulté entre cocontractants sur des aspects contractuels, notamment financiers, lors de l'exécution du contrat, les cocontractants peuvent choisir de régler rapidement le litige. La présente fiche traite de deux modalités de règlement de conflits : la transaction et le référé-provision.

1. Transaction

La transaction est un mode de règlement amiable des litiges applicable à tout contrat administratif (voir circulaire du 7 septembre 2009 relative au recours à la transaction pour la prévention et le règlement des litiges portant sur l'exécution des contrats de la commande publique). Elle doit respecter plusieurs conditions pour être valide :

- les parties au contrat doivent avoir la capacité de transiger et de consentir effectivement à la transaction ;
- l'objet de la transaction doit être précisé et licite. L'article 6 du code civil dispose que l'on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ;
- la transaction suppose des concessions réciproques, réelles et sincères entre les parties. La nature et l'étendue de ces concessions doivent être détaillées dans la transaction ;
- la transaction ne donne pas lieu au paiement d'un prix mais au paiement d'une indemnité. A cet égard, l'indemnisation ne peut reposer que sur deux fondements : l'enrichissement sans cause et la responsabilité quasi-délictuelle. Concernant l'enrichissement sans cause, l'indemnité est calculée « *sur la base du montant des dépenses utiles exposées par le cocontractant* » (CE, 8 décembre 1995, Commune de Saint-Tropez). La responsabilité quasi-délictuelle de l'administration peut permettre au cocontractant d'obtenir une indemnisation complémentaire dans la limite du prix du marché (indemnisation du bénéfice, d'un préjudice commercial ou moral…) ;
- l'administration ne peut accorder une libéralité à son cocontractant au moyen d'une transaction. Le Conseil d'Etat a défini un principe général du droit selon lequel les personnes morales de droit public ne peuvent jamais être condamnées à payer une somme qu'elles ne doivent pas (CE, 19 mars 1971, Sieurs Mergui). Cette règle est d'ordre public.

Le Conseil d'Etat a, en outre, rappelé que, lorsqu'il entend autoriser le maire à conclure une transaction, le conseil municipal doit, sauf à méconnaître l'étendue de sa compétence, se prononcer sur tous les éléments essentiels du contrat à intervenir, au nombre desquels figurent notamment la contestation précise que la transaction a pour objet de prévenir ou de terminer et les concessions réciproques que les parties se consentent à cette fin (arrêt C.E., 11/09/2006, Commune de Théoule-sur-Mer, n° 255273).

La transaction n'a pas à être homologuée par le juge administratif pour être exécutoire. Le Conseil d'Etat affirme en effet que la transaction " *est exécutoire de plein droit sans qu'y fassent obstacle, notamment, les règles de la comptabilité publique* " (avis C.E., 6/12/2002, Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Hay-les-Roses). Ainsi, la liste des pièces justificatives des dépenses publiques locales (cf. article D.1617-19 et annexe I du CGCT) ne prévoit pas l'homologation de la transaction à joindre par l'ordonnateur au mandat de dépense correspondant.

ANNEXE (suite et fin)

2. Référé-provision

D'un point de vue général, le référé-provision est une procédure relevant des juridictions administratives permettant le recouvrement rapide d'une créance qui n'est pas contestée par le débiteur (cf. article R.541-1 du code de justice administrative).

Le Conseil d'Etat a précisé que le juge des référés peut ordonner au maître de l'ouvrage de verser au titulaire d'un marché de travaux une provision au titre d'une obligation non sérieusement contestable lui incombant dans le cadre de l'exécution du marché, alors même que le décompte général et définitif n'aurait pas encore été établi.

Lorsque le maître de l'ouvrage ne procède pas au versement d'acomptes auxquels a droit le titulaire du marché, ce dernier peut ainsi demander au juge des référés le versement d'une provision représentative de tout ou partie de leur montant (CE 3.12.2003 Sté Barnard Travaux Polynésie n° 253748).

En effet, dans un tel cas, l'enrichissement sans cause peut être invoqué dès lors que les travaux réalisés à la demande de l'administration lui ont été utiles (CE 2.4.2004 société Alstom Turbomachines n° 256504)